
GERMANY

Die

notwendige Streitgenossenschaft

des

§ 59 C. P. O.

Von

Prof. Dr. Friedrich Wachenfeld,
Privatdozenten an der Universität Marburg.



Hannover 1894.
Helwingsche Verlagsbuchhandlung.

Druck von W. Jürgens in Hannover.

Vorwort.

In der Lehre vom Litiskonsortium beansprucht heute die notwendige Streitgenossenschaft das fast ausschliefsliche Interesse. Sie weist daher eine reiche Litteratur auf. Zwei selbständige Abhandlungen, die eine von v. Amelunxen[1]), die andere von Hachenburg[2]) sind ihr gewidmet. Trotzdem giebt es über ihre Voraussetzungen, wie über ihre Wirkungen keine einzige Frage, die nicht in der verschiedensten Weise beantwortet würde. Nirgends besteht eine auch nur annähernde Übereinstimmung. Auch jene beiden Monographieen haben keine Klärung zu bringen vermocht.

Ein äufseres Zeichen für die Unsicherheit, welche über die notwendige Streitgenossenschaft herrscht, ist schon der Umstand, dafs man die gesetzliche Bezeichnung durch die verschiedenartigsten Ausdrücke zu ersetzen geneigt ist. Besondere Streitgenossenschaft nennt sie Hachenburg, materielle Kohler[3]) und Kroll[4]), qualifizierte Schultze[5]).

---

[1]) v. Amelunxen, Die sog. notwendige Streitgenossenschaft deutschen Civilprozefsordnung (Tüb. Dissert.), Mannheim 1881.

[2]) Hachenburg, Die besondere Streitgenossenschaft, Mannheim 1889.

[3]) Kohler, Der Prozefs als Rechtsverhältnis 1888, S. 102 ff.

[4]) Kroll, Klage und Einrede nach deutschem Recht 1884, S. 134 ff.

[5]) Schultze, Das deutsche Konkursrecht 1880, S. 16 ff. und S. 58 ff.

Andere, wie Seuffert[1]) und v. Amelunxen, glauben mindestens ein „sogenannt" beifügen zu müssen. Dem gegenüber haben wir an der Bezeichnung „notwendige Streitgenossenschaft" festgehalten. Gegen dieselbe schien nichts einzuwenden, da sie auf einem richtigen Gedanken beruht. Die Bezeichnung ist schon brauchbar, wenn nur auch das Bezeichnete selbst es wäre! Die verschiedenartige Benennung läfst aber dagegen Zweifel aufkommen. Äufsert sich vielleicht hierin das Bemühen dem Rechtsinstitute einen Gehalt zu geben, den es nicht besitzt? Ist es das eitele Bestreben, um jeden Preis eine besondere Art der Streitgenossenschaft anzuerkennen?

Es wird gegenwärtig im Reichsjustizamt eine Revision der Civilprozefsordnung vorbereitet, mit der man Vereinfachungen beabsichtigt. Legt man bei dieser Gelegenheit Hand an die allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes, so möchten wir wünschen, dafs man den Blick auch auf die Streitgenossenschaft richte. Denn auch hier wird sich zeigen, dafs Vereinfachung not thut, und dafs die notwendige Streitgenossenschaft nicht den Platz verdient, den sie heute einnimmt.

Marburg, im August 1894.

Fr. Wachenfeld.

---

[1]) Seuffert, Civilprozefsordnung, 6. Aufl. 1893, § 59, Note 2.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Teil I.

Geschichtliche Entwickelung der notwendigen Streitgenossenschaft.

Kapitel I.

Die Entwickelung in der Doktrin.

§ 1.

Subjektive Klagenhäufung und Streitgenossenschaft.

Die heutige Doktrin unterscheidet nicht zwischen subjektiver Klagenhäufung und Streitgenossenschaft [1]).

Anders das ältere gemeine Recht. Es verstand unter subjektiver Klagenhäufung Mehrheit von Klagen infolge einer Mehrheit von Streitenden auf seiten des Klägers oder des Beklagten, unter Streitgenossenschaft aber den Fall, in dem sich der eine Kläger oder Beklagte aus mehreren Personen zusammensetzte [2]). Jene zählte es zu den unerlaubten

---

[1]) S. z. B. Endemann, Das deutsche Civilprozeſsrecht, 1868, S. 255, sowie die Bemerkungen von Seuffert a. a. O. N. vor § 56 N. 2. v. Wilmowski-Levy, Civilprozeſsordnung, Kommentar, 6. Aufl., 1892, Noten vor § 56. Ullmann, Das österr. Civilprozeſsrecht, 2. Aufl., 1887, S. 113.

[2]) S. Danz, Grundsätze des ordentl. Prozesses, 1. Ausg. 1781; 5. Ausg. 1821, § 40 und § 81, und Zitate § 81 Note b. Reinhard, Handbuch des gem. deut. ordentl. Prozesses, 1. Teil, 1823, § 54 und § 98. — Spuren dieser Auffassung finden sich noch bei Linde in seinem Lehrbuch des deut. gem. Civilprozesses 1825.

Prozefsmaximen [1]), während es die Streitgenossenschaft gestattete [2]).

Die beiden Grundsätze, das Verbot der Klagenhäufung und die Zulassung der Streitgenossenschaft, vertrugen sich sehr wohl miteinander, solange die beiden Rechtsinstitute heterogen erschienen. Man wollte nicht, dafs mehrere Kläger oder mehrere Beklagte in demselben Rechtsstreit nebeneinander handelten, darum untersagte man die subjektive Klagenhäufung. Dabei konnte man aber die Streitgenossenschaft trotz der Mehrheit der beteiligten Personen erlauben, weil man aus ihr eine Einheit konstruierte. Hierzu war man gezwungen. Denn es war schlechterdings unmöglich, den starren Grundsatz der subjektiven Klagenhäufung überall da anzuwenden, wo sich mehrere Personen in die Rolle des Klägers oder Beklagten teilten. Sonst hätte man selbst darauf verzichten müssen, den aus mehreren Mitgliedern bestehenden Korporationen, Gemeinden und dergl. ein Klagerecht zu geben. Das aber wollte und konnte man nicht. Denn die Klage solcher Personenmehrheiten galt von jeher als zulässig. Wurde von einer Korporation eine Klage erhoben, so erhielt sie selbstverständlich eine

---

Selbst in der 6. Aufl. 1843 heifst es § 109 von der Streitgenossenschaft: „Kläger und Beklagter können physische oder moralische Personen sein", während es § 193 von der subjektiven Klagenhäufung heifst, dafs sie vorhanden sei, wenn mehrere Klagen eines Klägers wider mehrere Beklagte oder umgekehrt gehäuft werden.

[1]) Danz, a. a. O. § 81 und Note a; daselbst weitere Zitate. Schelling, *De litis consortibus* 1838. Das Verbot wurde ausgebildet in der jüngeren italienischen Doktrin und aus dieser von deutschen Juristen übernommen. Vergl. darüber Planck, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozefsrecht, 1844, S. 391 f.

[2]) S. z. B. Nettelbladt, Versuch einer Anleitung zu der ganzen prakt. Rechtsgelehrtheit, 1. Aufl. 1767, S. 50 f. Danz, a. a. O. § 40, S. 112.

erlaubte Vereinigung mehrerer Personen, da diese zusammen eine juristische Person bildeten. Weil es aber eine erlaubte Klagvereinigung war, brachte man sie unter den Begriff der Streitgenossenschaft. Von diesem Fall abstrahierend, sah man, soweit eine Verbindung mehrerer Personen und mithin eine Streitgenossenschaft zugelassen wurde, in dieser selbst eine juristische Person[1]). Das dort zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältnis übertrug man also auf das prozessuale der Streitgenossenschaft überhaupt.

Sieg und Niederlage in dem Streit um den von der Personenmehrheit oder gegen sie in Anspruch genommenen Gegenstand mufste sämtliche Mitglieder berühren. Deshalb begann man nicht nur die durch die Streitgenossenschaft gebildete Einheit, sondern auch die einzelnen dazugehörigen Genossen als Streitende zu betrachten. Dies führte einmal zu einer Erweiterung des Begriffs der Streitgenossenschaft und zu einer Verschiebung der unter sie zu subsumierenden Fälle[2]). Man schied den ursprünglichsten, die juristische Person, aus[3]), liefs aber dabei die Einheit der Streitgenossenschaft noch bestehen. Sodann veranlafste es, freilich inkonsequent genug, die Streitgenossenschaft als eine Ausnahme der subjektiven Klagenhäufung anzusehen[4]).

---

[1]) Nettelbladt, *Syst. elem. jurispr. pos. Germ. comm. gener.*, 1781, § 15.

[2]) S. Danz, a. a. O. S. 185 unter Berufung auf Böhmer und Schmidt. Von gerichtl. Klagen und Einreden, § 105 Note m.

[3]) Die Lehrbücher aus den ersten Dezennien unseres Jahrh. glauben dies noch ausdrücklich hervorheben zu müssen. So beginnt Gensler, Kommentar über Martins Lehrbuch, herausgegeben von Morstadt, 1. Bd. 1825, S. 40, die Lehre von der Streitgenossenschaft mit dem Satz, dafs diese nicht vorliege, wenn der Kläger oder der Beklagte aus einer moralischen Person z. B. Domstift, Gemeinde, Zunft u. dergl. bestehe.

[4]) S. z. B. Bayer, Vorträge über den gem. ordentl. Civilprozefs, 7. Aufl., S. 305.

Waren beide Rechtsinstitute aber erst in so enge, wenn einstweilen auch noch äufserliche, Beziehung zueinander gebracht, mufste sich eine wechselseitige Einwirkung beider geltend machen. Sie zeigte sich zunächst darin, dafs man ausschliefslich auf die Mehrheit der Streitenden anstatt auf die über ihnen stehende Einheit den Blick lenkte. Man legte nicht mehr Gewicht darauf, dafs der Streitgegenstand einer Personeneinheit gehörte, und begnügte sich damit, dafs er mehreren Personen gemeinschaftlich zustand. Gemeinschaftlichkeit des Streitgegenstandes wurde nun das Kriterium der Streitgenossenschaft [1]). Mit ihm änderte sich aber auch die Grundanschauung über diese. Sie galt nicht mehr als Personeneinheit, sondern als eine Gemeinschaft von mehreren Streitenden [2]). Auf Grund der veränderten Auffassung wurde sie zugleich in ihrem Verhältnis als Ausnahme von der verbotenen subjektiven Klagenhäufung modifiziert. Bisher hatte man sie unter der Theorie der Personeneinheit wegen der Identität der erhobenen Ansprüche erlaubt. Man mufste jetzt, wenn Gemeinschaft des Streitobjekts ihr Merkmal bilden sollte, die Ausnahme bei blofser Konnexität [3]) zulassen. Denn aus dem Begriff der Gemeinschaft ergab sich, dafs auch die Ansprüche der Genossen nicht in eins zusammenzufallen, sondern nur in dem

---

[1]) Gönner, Handbuch des deutschen gem. Prozesses, 1. Aufl., 1801; 2. Aufl., 1. Bd., 1804, S. 308 und 416 ff. — Das aus dem gemeinsamen Streitobjekt entstehende Gemeinschaftsverhältnis wird verschieden bestimmt, als *communio incidens* z. B. von Nolte, Jur. Zeitschr. f. Hannover, 12. Jahrg., Nr. 11, als *communio practica* z. B. von Morstadt in Genslers Kommentar, a. a. O. S. 42, N. 3.

[2]) Gegen die Auffassung als Personeneinheit hat namentlich angekämpft Martin, Magazin für den gem. deut. bürgerl. Prozefs, 1. Heft, 1802, S. 22 ff.

[3]) z. B. Gensler, Handbuch, 1. Teil, 1814, S. 73 f. Schelling, a. a. O. S. 20 ff.

gemeinschaftlich behaupteten oder begehrten Streitobjekt verbunden zu sein brauchten.

Von dieser konkreten Vorstellung ging man zu einer abstrakteren über und deutete die Konnexität als innere Verwandtschaft der erhobenen Ansprüche. Solche liefs sich aber auch dann annehmen, wenn etwas anderes als gerade das Streitobjekt gemeinschaftlich war.

Martin bestimmte daher, in der Überzeugung, dafs die Gemeinschaft des Objekts nicht den Zusammenhang der Ansprüche der Streitgenossen bedinge, die Streitgenossenschaft als eine Vereinigung zu gemeinschaftlichem Zwecke [1]. Zu deren Begründung sollte die Gemeinschaft des Objekts weder notwendig noch ausreichend sein. Das subjektive Erfordernis, das er statt dessen aufstellte, war aber im Gegensatz zu den früheren Theorieen einem anderen Gebiet entnommen. Darum folgte man Martin, obwohl seine Theorie grofsen Anklang fand, nicht rückhaltlos. Das Neue nahm man wohl auf, liefs aber dabei den älteren Begriff bestehen. Auf diese Weise unterschied man zwei Arten der Streitgenossenschaft, eine eigentliche bei Gemeinschaft des Streitobjekts und eine uneigentliche bei gemeinschaftlichem Interesse [2].

Die letztere Art umfafste ein weites Gebiet und schlofs selbst die Nebenintervention ein. Immerhin aber galt sie auch als Streitgenossenschaft. Und das war wichtig: erstens für das Verhältnis der erlaubten Streitgenossenschaft zur verbotenen Klagenhäufung und zweitens für die Entwickelung des **Wesens** der Streitgenossenschaft.

---

[1]) **Martin**, Magazin a. a. O. S. 14 ff. und Vorlesungen, 1. Bd., 1885, S. 224 ff.

[2]) **Gensler**, Archiv für civilistische Praxis, 5. Bd., S. 156, N. 7. Vergl. **Linde**, Zeitschrift für Civilrecht und Prozefs, 15. Bd., 1841, S. 400. **Grolmann**, Theorie, § 57.



In der Interessengemeinschaft Martins war nur noch ein lockeres Band vorhanden, das die Mehrheit der Klagen zu einer Einheit zusammenhielt. Diese war schon gefährdet, als die Gemeinschaft des Streitobjekts Kriterium der Streitgenossenschaft wurde. Aber sie liefs sich dabei noch konstruieren, indem man die Ansprüche in dem Objekt verknüpft dachte. Schwierig jedoch wurde es, als deren Verknüpfung nur in dem gemeinschaftlichen Interesse der Genossen bestehen sollte. Und so sehr sich Martin bemühte, den alten Gegensatz zwischen Streitgenossenschaft und subjektiver Klagenhäufung aufrecht zu erhalten, läfst er doch bei dieser die Klagenmehrheit, bei jener die Klageneinheit nicht überall scharf hervortreten [1]. So hat er denn unbewufst selbst den Weg zu einer Verschmelzung der Streitgenossenschaft und der subjektiven Klagenhäufung angebahnt.

Der erste Schritt auf diesem Wege geschah, als man die Streitgenossenschaft als eine Art Klagenhäufung bezeichnete. In diesem Sinne spricht Linde die Ansicht aus, dafs in allen Fällen der Vereinigung zu gemeinsamer Klage oder Klagenabwehr das zu Grunde liegende Verhältnis aus dem Gesichtspunkt der Klagenhäufung betrachtet werden müsse. Die Streitgenossenschaft nennt er geradezu eine subjektive Klagenhäufung [2]. Hinsichtlich ihrer rechtlichen Möglichkeit giebt er Martin darin Recht, dafs Gemeinschaft des streitigen Gegenstandes nicht der einzige Grund für ihre rechtliche Möglichkeit sei [3]. Anknüpfend an Martins Ausführungen verwandelt er aber dessen subjektives Merkmal in ein objektives. Nicht das gleiche Interesse der Streitenden, sondern das Interesse der Rechtspflege ist ihm entscheidend. Streit-

---

[1]) Martin, Magazin a. a. O. S. 233 ff. und ebenda S. 23 f.

[2]) Linde, Zeitschrift etc, 15. Bd., 1841, S. 359, 362.

[3]) Vergl. zu Folgendem auch Zeitschr. etc., 16. Bd., 1842, S. 92 ff.

genossen nennt er alle Personen, deren gemeinschaftliche Prozefsführung der einfachste und kürzeste Weg zur Entscheidung des Streites ist. Freilich setzt er voraus, dafs es sich um gleichartige Rechtsverhältnisse handele. Das letztere Merkmal soll die Streitgenossenschaft von den übrigen Fällen gemeinschaftlicher Prozefsführung trennen.

Der Begriff der Streitgenossenschaft ist bei Linde abermals weiter und nun zu weit geworden, als dafs ihre Zulässigkeit blofs als eine Ausnahme von dem Verbot subjektiver Klagenhäufung gelten könnte. Linde erklärt sie daher nicht für unbedingt unzulässig [1]) und an einer anderen Stelle sogar für erlaubt [2]).

Linde hat zuerst jene Ausnahme zur Regel erhoben und so den Hauptgrundsatz der älteren Doktrin über die subjektive Klagenhäufung in sein Gegenteil verkehrt.

Während sich darin ein radikaler Standpunkt verrät, zeigt einen ganz anderen trotz der Begriffserweiterung die Bestimmung der Streitgenossenschaft selbst. Wie andere Nachfolger Martins, so hebt auch Linde aus ihr eine „eigentliche" Streitgenossenschaft hervor. Die Definition derselben erinnert sehr an die Zeit vor Martin. Sie setzt nämlich einen gemeinschaftlichen Rechtsstreit mehrerer Personen voraus, die denselben Gegenstand aus einem und demselben Rechtsgrund ansprechen. Damit nicht genug, will Linde auf sie allein die besonderen Normen der Streitgenossenschaft angewandt wissen, so dafs die Aufstellung des weiteren Begriffs illusorisch wird [3]).

Trotzdem ist sie für die fernere Entwickelung von Bedeutung gewesen. Denn je weiter das Gebiet war, welches man „Streitgenossenschaft" wenigstens nannte, um so

[1]) Linde, Lehrbuch, 6. Aufl., S. 254.
[2]) Linde, Zeitschrift etc., 15. Bd., 1841, S. 362.
[3]) Linde, Zeitschrift etc., 16. Bd., 1842, S. 113 ff.

weniger Raum blieb für eine subjektive Klagenhäufung übrig, um so mehr gingen beide Rechtsinstitute in einander über.

Die Schranken zwischen ihnen weggenommen zu haben, ist das Verdienst Plancks. Zwar hatte schon Linde es aufgegeben, beide als zwei verschiedene Gattungen hinzustellen, aber er hatte doch immerhin den Unterschied gelassen, in dem zwei Arten einer Gattung stehen Planck [1]) hat nun auch diesen beseitigt. Dazu kam er infolge des bereits von Linde ausgesprochenen Grundsatzes, dafs eine Vereinigung mehrerer Streitenden zu gemeinschaftlicher Prozefsführung dann nicht unerlaubt sei, wenn sie zur Vereinfachung diene und ohne Verwirrung und Schwierigkeiten geschehen könne. Hierbei betont er energischer als Linde, dafs nur der Richter zu entscheiden habe, wann diese Voraussetzungen vorliegen. Sie anzunehmen, stellt er ganz in dessen Ermessen. Sollte nun hiervon die Vereinigung und Trennung der Klagen abhängen, so konnte eine besondere, von der subjektiven Klagenhäufung verschiedene Streitgenossenschaft keinen Bestand haben. Beide sind daher eins geworden. Planck bezeichnet dieses einheitliche Gebilde als subjektive Klagenhäufung und gebraucht nur nebenher den Ausdruck Streitgenossenschaft. Letztere verwirft er als Sonderbegriff, indem er ausführt, dafs dieser nur dann berechtigt sei, wenn sich die Mitstreitenden in einem Genossenschaftsverhältnisse befänden. Dies könne wohl zutreffen, sei aber nirgends, wie auch immer der Gegenstand des Streites beschaffen sei, notwendig [2]). Somit hat Planck nicht nur aus Streitgenossenschaft und subjektiver Klagenhäufung ein einziges Rechtsgebilde geschaffen, sondern auch innerhalb desselben alle Unterabteilungen wie subjektive Klagen-

---

[1]) Vergl. **Planck**, a. a. O. S. 385 ff.

[2]) **Planck**, a. a. O. S. 426 f., 428.

häufung i. e. S., eigentliche und uneigentliche Streitgenossenschaft, beseitigt.

Nach ihrem Wegfall konnte keine Rede mehr davon sein, in einzelnen Fällen gemeinschaftlicher Prozefsführung eine Mehrheit von Klagen, in anderen eine Einheit anzunehmen. Die ursprüngliche Idee der Streitgenossenschaft, dafs man es bei ihr mit einer Klage und mit nur einem aus einer Mehrzahl von Personen bestehenden Kläger bezw. Beklagten zu thun habe, wurde gänzlich aufgegeben, und die Annahme einer Mehrheit von Klagen, wozu die Entwickelung seit Martin hindrängte, auch für alle Fälle der Streitgenossenschaft sanktioniert [1]).

Dies ist seitdem Gemeingut der neueren gemeinrechtlichen Doktrin geworden und hat namentlich in einem ihrer hervorragendsten Vertreter, Wetzell, einen Verteidiger gefunden [2]). Wetzell kennt auch nur ein einziges Rechtsinstitut „subjektive Klagenhäufung" *sive* „Streitgenossenschaft", für das er die beiden Grundsätze Plancks: erstens Zulässigkeit und zweitens Stimmenmehrheit, in Anspruch nimmt. Aber er kann sich von der Vorstellung der älteren Zeit, dafs bei Streitgenossenschaft ein engerer Zusammenhang zwischen den Mitstreitenden bestehe, nicht losmachen, und so überträgt er diesen Gedanken auf das nunmehr einheitliche Rechtsinstitut. Daher findet er es ungerechtfertigt, dafs dasselbe, wie Planck annimmt, schon bei der blofsen Möglichkeit einer ordnungsmäfsigen Verhandlung über mehrere Ansprüche in einem Verfahren bestehen könne. Zur Widerlegung der Planckschen Ansicht kann er sich zwar auf ausdrückliche Quellenstellen nicht berufen, glaubt aber, dafs in den Quellen die Verbindung mehrerer Ansprüche nur auf Grund-

---

[1]) **Planck**, a. a. O. S. 428.

[2]) **Wetzell**, System des ordentlichen Civilprozesses, 2. Aufl., 1865, S. 767 ff.

lage der Konnexität erwähnt werde. Das eigentliche Argument entnimmt er der damaligen Praxis und stellt im Einverständnis mit ihr den Satz auf, dafs die Streitgenossenschaft (subjektive Klagenhäufung) bei mangelnder Konnexität unmöglich sei[1].

Doch wurde diese Einschränkung von den jüngsten gemeinrechtlichen Civilprozessualisten, insbesondere von Renaud, wieder aufgegeben[2]. Im übrigen mit Wetzell darin einig, dafs subjektive Klagenhäufung und Streitgenossenschaft zwei Ausdrücke für dieselbe Sache seien, erklärt Renaud wie Planck die Verbindung mehrerer Klagen überall für statthaft, wo die prozessuale Möglichkeit einer ordnungsmäfsigen Verhandlung zu erwarten stehe. Zwar ist er der Ansicht, dafs solches die Geltendmachung nicht ganz verschiedener Ansprüche voraussetze, will aber den Richter in keiner Weise durch Vorschriften binden. Er überläfst es ihm zu entscheiden, wann eine solche Unordnung und Verwirrung im Prozefsganzen zu befürchten sei, welche die Verbindung ausschliefse oder unthunlich mache.

Weiter hat das gemeine Recht die Entwickelung nicht gefördert. Es ist nicht dahin gelangt, die Vereinigung in allen Fällen der Willkür den Parteien zu überlassen und hat ihr Schranken gezogen, indem es dem Richter die Macht giebt, gemeinschaftlich angestrengte Klagen zu trennen, getrennte zu verbinden. Auch die richterliche Befugnis, über mehrere Klagen in einem Verfahren zu verhandeln, ist keine unbegrenzte. Der Richter ist gehalten, eine Voraussetzung zu beachten. Denn nicht schlechthin, sondern nur bei Erwartung ordnungsmäfsiger Verhandlung ist die Verbindung der Klagen statthaft. Freilich gehört damit die Unzulässig-

[1]) Wetzell, a. a. O. S. 771.

[2]) Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozefsrechts, 1867, S. 131 ff.

keit der Verbindung zu einer fast verschwindenden Ausnahme.

Überblicken wir den Weg, der zu diesen Resultaten führte, so fällt als Charakteristikum die allmähliche Verschmelzung von Streitgenossenschaft und subjektiver Klagenhäufung in die Augen. Das aus beiden gebildete Ganze hat sein Wesen von der subjektiven Klagenhäufung erhalten, von der man dazu überging, auch bei der Streitgenossenschaft Mehrheit der Klagen und der Kläger bezw. Beklagten anzunehmen. Seine oberste Norm hat es entlehnt von der Streitgenossenschaft, von der man den Grundsatz der Zulässigkeit immer mehr erweiterte, bis er auch zur Regel für die subjektive Klagenhäufung wurde.

Solange man um die grundsätzliche Statthaftigkeit gemeinschaftlicher Rechtsverfolgung kämpfte — und das war bis in die letzten Zeiten der gemeinrechtlichen Doktrin der Fall — hatte man wenig Interesse, die Notwendigkeit gemeinschaftlicher Rechtsverfolgung zu untersuchen. Man war zufrieden, die Fälle der Möglichkeit festgestellt zu haben. Darum ist es in dem gemeinen Recht zu der Ausbildung einer besonderen notwendigen Streitgenossenschaft nicht gekommen. In ihm finden wir nur Wurzeln dieses Instituts, das erst das moderne Recht geschaffen hat.

§ 2.

Die Ausganspunkte für die Entwickelung der notwendigen Streitgenossenschaft.

Aus zwei Dingen ist die notwendige Streitgenossenschaft hervorgegangen, aus der dem Beklagten gewährten Befugnis, Nichtmitstreitende durch Einrede zum Beitritt in den Prozefs zu nötigen, und aus der den Mitstreitenden auferlegten Pflicht, einen Prozefs einheitlich durchzuführen.

Jene Einrede für den Beklagten ergab sich bei der Auffassung der Streitgenossenschaft als einer Personeneinheit ganz von selbst. Denn, sobald in dem Kläger nicht alle Mitglieder der Einheit vertreten waren, stand dem Beklagten nicht die Einheit selbst, sondern nur ein Teil derselben gegenüber. Wo aber nur jene zu klagen berechtigt war, da konnte ein blofser Teil nicht Kläger sein, und einem Nichtkläger brauchte der Beklagte nicht Rede und Gegenrede zu stehen. Ebenso verhielt es sich, wenn die Personeneinheit auf seiten des Beklagten bestand, und ein einzelner herausgegriffen wurde. Als blofser Teil der Einheit, die der Kläger in Anspruch zu nehmen gedachte, konnte er allein nicht Gegner sein. In beiden Fällen durfte der Beklagte durch die Geltendmachung der *exceptio plurium litisconsortium* die Einlassung in den Prozefs weigern, was zur Folge hatte, dafs der Prozefs solange gehindert wurde, bis alle zu der Personeneinheit gehörenden als Kläger bezw. Beklagte an dem Streit teilnahmen[1]).

Die Gewährung dieses Rechtes für den Beklagten bedingte ein weiteres für den Kläger. Denn, wie sollte er seinen Anspruch realisieren, wenn der Beklagte die *exceptio* entgegensetzte, und es ihm unmöglich war, seine Genossen zur Teilnahme am Prozefs zu bewegen? Für diesen Fall war ein Mittel nötig, das ihn bei deren Lässigkeit selbständig machte. Das Mittel war die Adzitation, die richterliche Aufforderung zum Beitritt[2]). Die Adzitation nötigte die Mit-

[1]) Die *exceptio pl. litiscons.* wird in jener Zeit ganz allgemein angenommen. S. Nettelbladt, Versuch einer Anleitung zu der ganzen prakt. Rechtsgelehrtheit, 3. Aufl. 1784, S. 50 f. Seine Ausführungen finden sich fast wörtlich bei Danz, Grundsätze des ordentl. Prozesses, 1. Aufl. 1781, 5. Aufl. (besorgt von Gönner) 1821, S. 112.

[2]) Die Adzitation ist keine Erfindung Gönners, wie v. Amelunxen a. a. O. S. 14 behauptet, vielmehr so alt wie die *except. pl.*

berechtigten ihre Klagansprüche mitzuerheben, wenn sie nicht den Ausgang des Prozesses, der sie sonst als Glieder der Einheit mittraf, auch über sich ergehen lassen wollten.

Solange die Streitgenossenschaft als eine im materiellen Recht begründete Einheit galt, war die *exceptio pl. litiscons.* vollkommen gerechtfertigt. Doch als man in ihr eine durch das Streitobjekt gebildete Gemeinschaft erblickte, mufste sie wenigstens bei Teilbarkeit des Objekts Zweifel erregen. Denn dann schied der auf einen Teil Belangte nach der Befriedigung des Klägers aus der Gemeinschaft aus, ohne dafs dadurch das Verhältnis der übrigen Genossen zu dem Streitobjekt alteriert wurde[1]). War es möglich bei teilbarem Objekt ohne die übrigen Genossen den Anspruch durchzuführen, so konnte insoweit weder von einem Zwang zu ihrem Beitritt noch von einer *exceptio pl. litiscons.* die Rede sein Infolgedessen beschränkte man die Einrede auf den Streit um einen unteilbaren Gegenstand. Formell stützte man sich auf *l. 1 C. de cons. ejusd. lit. 3, 40.* Danach sei sie durch Julian zu Gunsten des auf ein teilbares Objekt Belangten aufgehoben, aber weil lediglich für diesen Fall, bei Klagen auf ein unteilbares Objekt belassen[2]). Bei der Unteilbarkeit hielt man an der *exceptio plurium litisconsortium* fest, weil die unteilbare Sache nur an alle und von allen zusammen geleistet werden könne.

---

litisc. des gem. Rechts selbst. S. Nettelbladt, a. a. O. S. 55 und besonders Canz, *De adcitatione tertii ad litem*, 1759, namentl. § 20 f.

[1]) Der erste, welcher die Unterscheidung zwischen teilbarer und unteilbarer Sache macht, ist Claproth, Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozefs, I. Teil, 1. Abt, 1779, S. 199. Aber er zieht aus der Unterscheidung noch nicht die Konsequenzen.

[2]) S. Gönner, Handbuch des gem. deutschen Prozesses, 1. Band, 2. Aufl. 1804, S. 416.



Die *exceptio pl. litiscons.* bei unteilbarem Objekt fand einen eifrigen Verteidiger an Gönner[1]). Er stützte seine Ansicht darauf, dafs über das unteilbare Streitobjekt nur ein Urteil ergehen, und dieses nur dann Bestand haben könne, wenn in der Verhandlung des Rechtsstreits allen durch das Streitobjekt Verbundenen Gelegenheit zur Verteidigung ihrer Rechte gegeben wäre. Nur wenn alle Interessenten auftreten, könne es zu einem Urteil über den gemeinschaftlichen Gegenstand kommen. Sei dies aber nicht der Fall, dürfe man dem Beklagten nicht zumuten, sich in einem Rechtsstreit einzulassen, der keine Entscheidung des Rechts für ihn bringe.

Diese Ausführung mufste, wenn man, wie Martin, die Streitgenossenschaft nicht aus der Gemeinschaft des Objekts, sondern des gemeinschaftlichen Zweckes ableitete, Widerspruch hervorrufen. Martin[2]) verwarf deshalb auch die *exceptio pl. litiscons.* gänzlich, selbst bei unteilbarem Objekt. Er begründete das damit, dafs hier zugleich ein Korreal- oder Solidarverhältnis zwischen den Genossen bestehe. Das erstere treffe für persönliche Forderungen zu. Mit einer Klage aus einer Korrealobligation könne der einzelne Kläger das Ganze fordern. Auf eine solche müsse der einzelne Beklagte das Ganze leisten. Mitwirkung der Genossen sei deshalb nicht nötig. Es sei vielmehr der einzelne Beklagte verpflichtet, auch gegen den einzelnen Kläger den Streit aufzunehmen. Bei dinglichen Rechten könne aber der einzelne Berechtigte, vorausgesetzt, dafs er die nötige Kaution leiste, *in solidum* klagen, so dafs er den gleichen Erfolg erziele, als wenn die Mitberechtigten *correi credendi* wären. Und die Unteilbarkeit zwinge den einzelnen Verpflichteten sich auf die dingliche Klage einzu-

[1]) Gönner, a. a. O. S. 308, 371 ff. und bes. 417 ff.

[2]) Martin, Magazin a. a. O., S. 35 ff.

lassen, falls er nur die Sache in seinem Besitze habe. — Mit Aufgabe der *exceptio pl. litiscons.* war zugleich der Adzitation der Boden entzogen. Dieses notwendige Korrelat der ersteren, das Gönner mit besonderer Sorgfalt ausgebildet hatte, liefs Martin darum gleichfalls fallen.

Dem gegenüber nahm Gönner seine Theorie in Schutz und bekämpfte Martin auf das Lebhafteste[1]. Der Streit zwischen beiden Gelehrten endete zu Gunsten des letzteren, dem die Autorität Mittermaiers den Sieg zuerkannte[2].

Aber die völlige Beseitigung eines Instituts, an dem man lange festgehalten hatte, bedeutete einen jähen Bruch mit der Vergangenheit. Zwar schlossen sich manche[3] Martin schlechthin an. Aber die *communis opinio* war nicht gewillt, die *exceptio pl. litiscons.* auf einmal gänzlich preiszugeben. Nur das stand seit Martin unbestritten fest, dafs sie nicht mehr wie früher die Regel bilden könne. Und wenn z. B. Linde[4] noch gerade so wie Gönner ihre Zulässigkeit bei unteilbaren Sachen und Forderungen behauptet, so geschieht es, im Gegensatz zu einer früheren Anschauung lediglich unter dem Gesichtspunkt einer Ausnahme.

Sintenis[5] beschränkte die *exceptio pl. litiscons.* auf die Fälle der Unteilbarkeit des Streitgegenstandes, in denen keine Solidarität besteht.

---

[1]) Gönner, Handbuch, 2. Aufl., a. a. O.; dagegen wieder Martin, Lehrbuch, 12. Ausg. 1838, § 109.

[2]) Mittermaier, Archiv für civilist. Praxis, III. Bd., S. 42 f.

[3]) z. B. Reinhardt, Handbuch, 1. Teil, 1823, S. 102 ff. Bayer, Vorträge über den gem. ordentl. Civilprozefs, 7. Aufl. 1841, S. 33.

[4]) Linde, Lehrbuch, in den späteren Auflagen z. B. der 7. aus 1843 § 29, während er in der 1. Auflage 1825 S. 121 Martin noch näher steht.

[5]) Sintenis, Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprozesses, 1. Band, 1839/40, S. 90.

Schmid[1]) hingegen führte aus, dafs die Unteilbarkeit des Streitgegenstandes an sich keine Solidarität bewirke, und deshalb in dem Fall, in dem einer von mehreren Deponenten allein die ganze unteilbare Sache fordere, dem Kläger die *exceptio pl. litiscons.* bis zur Teilnahme der übrigen oder bis zur Kautionsleistung (!) entgegengesetzt werden könne. Das aber war im Grunde dasselbe, was Martin gesagt hatte, nur dafs es in andere Worte gekleidet war, um die *exceptio pl. litiscons.* formell zu retten.

Zu gleichem Zweck entstand ein eifriges Quellenstudium. Man suchte nach Belegen, welche die *exceptio* wenigstens für Einzelfälle sichern sollten. Nach vielfachen Hin- und Hererörterungen nahm man sie unter Wetzells Einflufs in zwei Fällen an:

1) „wenn einer von mehreren Vormündern wegen der angeblichen Insolvenz der übrigen *in solidum* belangt wird", und
2) „wenn sich die Klage gegen eine von mehreren durch dasselbe Geschäft *pro rata* oder *in solidum* verpflichteten und gegenseitig als Bürgen verhafteten Personen auf mehr als die entsprechende Quote richtet"[2]).

Wetzell fügte noch die Klausel hinzu, dafs die Einrede auch in diesen beiden Fällen nur statthaft erscheine, wenn die Vereinigung der Klagen nicht durch äufsere Umstände erschwert oder unmöglich gemacht sei[3]).

Ohne diesen Zusatz hat beide Ausnahmen Renaud[4]) adoptiert. Mit Renaud erkannte sie die jüngste gemein-

---

[1]) Schmid, Handbuch des gem. deutschen Civilprozesses, 1. Teil 1843, S. 148 f.

[2]) Wetzell, System des ordentl. Civilprozesses, 2. Aufl., 1865, S. 772 f.

[3]) Wetzell, a. a. O. S. 772.

[4]) Renaud, Lehrbuch, a. a. O. S. 135.

rechtliche Doktrin an, so dafs die *exceptio pl. litiscons.* zur Zeit der Entstehung unserer Reichsgesetze nicht ganz beseitigt war.

* * *

Der zweite Ausgangspunkt für die Entwickelung der notwendigen Streitgenossenschaft ist gerade in der Lehre entstanden, welche die *exceptio pl. litiscons.* in Abrede stellte. Während ihr Martin bei teilbarem wie unteilbarem Streitobjekt die Berechtigung absprach, behielt er doch diese Unterscheidung Gönners bei. Das Unterscheidende ist ihm aber nicht die Notwendigkeit einen Prozefs mit oder gegen mehrere Personen anzustrengen, sondern die Notwendigkeit ihn gemeinschaftlich durchzuführen [1]. Bei teilbarem Streitobjekt meint er, sei jeder Genosse unabhängig von dem andern zu handeln befugt, bei unteilbarem dagegen könne ein Genosse einseitig nur solche Prozefshandlungen vornehmen, welche eine Häufung zulassen. Denn hier nütze und schade jede prozessualische Handlung dem andern, so dafs der Gegner nur dann siege, wenn er alle Genossen der Gegenseite überwunden habe, im andern Falle aber erstreite er nicht einmal teilweise das Objekt. Zum Beweis für die Notwendigkeit gemeinschaftlichen Handelns führt Martin an, dafs elektiv konkurrierende Prozefshandlungen eine indirekte Disposition über den streitigen Gegenstand enthielten. Eine solche stehe aber den Teilhabern unzertrennlicher Rechtsverhältnisse nicht einseitig, sondern nur allen Teilhabern gemeinschaftlich zu. Mithin könne der Gebrauch der mit einander nicht vereinbaren Prozefshandlungen nur gemeinschaftlich von allen vorgenommen werden.

Wichtig war dieser Grundsatz namentlich für das Beweisverfahren. Die Wahl zwischen mehreren elektiv konkurrierenden Beweismitteln z. B. Eideszuschiebung, Zeugen-

[1]) Für das Folgende siehe Martin, Magazin, a. a. O. S. 222 ff.

benennung und Urkundenvorlage, ebenso die Wahl zwischen mehreren Erklärungsarten auf einen den Genossen deferierten Eid konnte danach bei unteilbarem Streitgegenstand nur von allen vereint, mithin nur einförmig geschehen. Die Schwierigkeiten, welche eine Einigung der Genossen unter Umständen haben kann, glaubt Martin durch „successive und eventuelle Häufung" der Beweismittel zu heben[1]). Freilich versagt diese Aushülfe bei Annahme und Zurückschiebung des Eides. Daher bleibt insoweit nichts anderes als eine einförmige Abgabe der Erklärung übrig. Kommt keine Einigung zustande, so soll der Richter die Meinung der Genossen herausfinden. Wenn die Parteien nach Stimmenmehrheit entscheiden lassen wollen oder andere Gründe für letztere sprechen, soll er diejenige Erklärung als von der Gesamtheit abgegeben erachten, für welche Stimmenmehrheit besteht, im anderen Fall aber sich auf den Standpunkt der Streitgenossen stellen und untersuchen, welche Erklärung für die Genossenschaft am nützlichsten ist.

In diesen detaillierten Bestimmungen über Eideszuschiebung und Eidesannahme, denen noch solche über Eidesleistung angefügt sind, gipfelt die Theorie Martins. Sie verschiebt die Untersuchungen über die Streitgenossenschaft von einem Stadium bei Eingang in den Prozefs auf ein solches, das der Urteilsfällung vorausgeht. Dabei steht der nur angedeutete, aber noch nicht klar ausgesprochene Gedanke im Hintergrunde, dafs die gemeinschaftliche Prozefsführung bei unteilbarem Objekt wegen der Unzulässigkeit divergierender Urteile geboten sei.

Offen ausgesprochen hat diesen Gedanken Linde[2]), der mit Martin auch von der Unterscheidung zwischen teilbarem

---

[1]) Martin, a. a. O. S. 233.

[2]) Lindes Anschauung enthält namentlich der zweite Teil seines Aufsatzes in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozefs, Bd. 16, S. 92 ff.

und unteilbarem Objekt ausgeht, dieselbe aber modifiziert, insofern es nicht der Gegenstand des Anspruchs, sondern der Anspruch selbst ist, nach dem sich die Notwendigkeit gemeinsamer Prozefsführung bestimmen soll. Er unterscheidet daher zwischen Ansprüchen auf den ganzen, ungeteilten Gegenstand und *obligationes pro parte*. Bei den letzteren verlangt er kein gemeinschaftliches Handeln, aber auch nicht durchweg bei den ersteren. Aus diesen scheidet er diejenigen aus, auf welche das Ganze so viele Mal geleistet werden mufs, als Gläubiger oder Schuldner vorhanden sind, und behauptet die Notwendigkeit gemeinschaftlicher Prozefsführung nur bei denjenigen unteilbaren Sachen, welche blofs einmalige Forderung und Leistung zulassen. Insoweit aber erscheint ihm gemeinsames Handeln von allen Genossen nötig, die in dem gleichen Verhältnis zum Streitobjekt stehen, ohne Rücksicht darauf, ob sie schon bei Beginn des Prozesses zusammen auftreten. Denn hier soll es sich um ein Recht handeln, das keine Teilung weder nach seiner natürlichen Beschaffenheit noch nach seiner gesetzlichen Disposition gestatte, so dafs über dasselbe auch nur ein Urteil ergehen könne. Und dieses Urteil treffe alle an der Sache Berechtigten bezw. aus ihr Verpflichteten in gleicher Weise. Weil es nun aber den Prozefsgrundsätzen widerspreche, ein Urteil gegen Personen zu erlassen, die sich an dem Verfahren nicht beteiligten, giebt Linde dem Richter die Befugnis, die anfangs nicht Mitstreitenden zur Teilnahme zu laden, und den Beklagten das Recht, mit der *exceptio pl. litiscons.* die Einlassung in den Prozefs zu weigern. Nützt die richterliche Aufforderung nichts, so bedarf es eines Mittels, um auch ohne die persönliche Teilnahme der übrigen Mitberechtigten und Mitverpflichteten zum Ziele zu gelangen. Welches das ist, ergiebt sich aus dem Zusammentreffen der beiden Grundsätze, Notwendigkeit des gemeinschaftlichen Handelns und Notwendigkeit der

Beteiligung aller. Es besteht in der Präsumtion, dafs die Streitenden die Nichtmitprozessierenden vertreten [1]).

Wie hier an ein Handeln einzelner für alle gedacht ist, so sollen auch die mitstreitenden Genossen einen gemeinschaftlichen Sachwalter bestellen, der die Interessen der gesamten Streitgenossenschaft vertritt [2]). Dadurch wird die Gemeinschaftlichkeit der Prozefsführung sehr einfach erreicht und das Mifsliche der Martinschen Theorie vermieden, welche der prozessualen Stellung des Richters nicht Rechnung trug und ihm zumutete, vom Standpunkt der Streitgenossen aus unter den verschiedenen Erklärungen diejenige auszuwählen, welche als abgegeben erachtet werden solle.

Mit Linde hat die theoretische Richtung, welche von der Notwendigkeit den Prozefs gemeinschaftlich durchzuführen ausging, einen gewissen Abschlufs erreicht. Nach ihm hat sie wenigstens in der Doktrin keine wesentliche Förderung erfahren. Man müfste denn die Beseitigung der *exceptio pl. litiscons.* als solche erachten Die Einrede hing aber mit dem übrigen systematischen Gefüge Lindes nur locker zusammen. Sie mufste geradezu da entbehrlich werden, wo man die streitenden Genossen als Vertreter der nicht mitstreitenden ansah. Hierin bildet diese Richtung einen scharfen Gegensatz zu der andern, welche ängstlich an der *exceptio pl. litiscons.* festhielt.

Beide haben zusammengewirkt, um in gesetzgeberischen Arbeiten die Grundlage zu schaffen, auf der unsere heutige notwendige Streitgenossenschaft erwachsen ist.

[1]) S. Linde, a. a. O. S. 137 und 104.

[2]) Linde, a. a. O. S. 138.

Kapitel II.

Die Entwickelung in der Gesetzgebung.

§ 1.

Die preussischen Entwürfe.

Von den beiden Lehren, welche die notwendige Streitgenossenschaft vorbereiteten, hat die eine in der preufsischen, die andere in der hannöverschen Gesetzgebung Ausdruck gefunden.

Die preufsischen Entwürfe repräsentieren die Richtung, welche gewisse Fälle der Streitgenossenschaft als eine Vereinigung zu notwendig gemeinschaftlichem Handeln ansah. Dafs gerade sie in diese Bahn kamen, erklärt sich durch die Ansätze, die man hierzu schon in der Allgemeinen Gerichtsordnung von 1792 zu finden glaubte. Da namentlich die ersten Entwürfe sich eng an die Gerichtsordnung anlehnen, gehen wir zunächst auf sie selbst ein.

Ihre Bestimmungen haben nicht die Schärfe von denen der späteren Zeit. Denn sie entstammen einer solchen, in der noch nicht der Kampf über das Wesen der Streitgenossenschaft entbrannt war. Getreu der älteren Doktrin schliefsen sie grundsätzlich eine gemeinschaftliche Prozefsführung aus, erlauben sie jedoch dann, „wenn mehrere Personen als Mitberechtigte oder Mitverpflichtete zu betrachten sind, die aus e i n e r l e i Geschäfte, Vertrage oder unerlaubten Handlung etwas fordern oder in Anspruch genommen werden“ [1]). Durch eine Novelle ward die Verbindung zugelassen auch für den Fall „mehrerer g l e i c h a r t i g e r auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhender Leistungen, welche gleichzeitig bei einem und demselben Gericht von mehreren Berechtigten gegen den nämlichen Beklagten, oder umgekehrt,

---

[1]) Allgem. Ger.-Ordnung, I, 1, § 36.

geltend gemacht werden" [1]. Danach scheint also die Gerichtsordnung eine Streitgenossenschaft anzunehmen, wenn befugterweise mehrere Personen als Kläger oder Beklagte im Prozefs auftreten. Dasselbe erhellt aus einer Spezialvorschrift beim Beweis durch Eid. In derselben wird die Regel, dafs mehrere in den Prozefs verwickelte Mitberechtigte und Mitverpflichtete sämtlich zu schwören haben, auf einen analogen Fall mit dem Hinzufügen ausgedehnt, dafs dann die Beteiligten als Streitgenossen zu betrachten seien [2].

Die A. G.-O. stellte hier Streitgenossen einerseits, Gemeinden und Korporationen andererseits einander gegenüber. Die letzteren sah sie als Einheiten an, wenn auch noch nicht als über den Mitgliedern stehende, sondern in ihnen beruhende. Auf Grund dieser Auffassung mufsten den der Gemeinde oder Korporation angetragenen Eid die Mitglieder selbst schwören. Aber, da sie eine Einheit im Gegensatz zur Streitgenossenschaft bildeten, brauchten nicht alle, sondern nur 3 bis 4 Mitglieder den Eid zu leisten [3]. Traten dagegen gewisse Klassen von Personen als Kläger oder Beklagte auf, so konnten dieselben zwar nicht als Gemeinden oder andere Einheiten gelten, sollten aber wegen des die einzelnen umschliefsenden Bandes nicht blofse Streitgenossen sein. Man setzte deshalb für sie im Einklang mit der

[1]) Kab.-Ordre vom 27. Mai 1838. Koch, Prozefsordnung nach ihrer heutigen Geltung, 5. Aufl. 1864, S. 29.

[2]) A. G.-O. I, 10, § 273: „Wenn Höfner, Kossaten, Handfröhner, Dreschgärtner, Inlieger oder andere dergleichen Personen, die keine Gemeinde ausmachen, einen Eid schwören sollen, und es ist von einer unteilbaren Sache die Rede; so mufs die Ableistung des Eides durch drei oder vier aus ihrer Mitte, sowie bei Kommunen verordnet ist, geschehen. Betrifft aber der Streit eine teilbare Sache, so sind sie als Litiskonsorten zu betrachten, und der Eid mufs allen angetragen, und wenn er angenommen wird, von allen geleistet werden".

[3]) A. G.-O. I, 10, §§ 270—272.

Zwitterstellung, die man ihnen einräumte, fest, dafs die Leistung des Eides teils nach der für die Gemeinden, teils nach der für die Streitgenossen aufgestellten Norm erfolgen solle. Wann das eine, wann das andere, wurde von der Teilbarkeit bezw. Unteilbarkeit des Streitgegenstandes abhängig gemacht.

In diesem Unterscheidungsmerkmal aber war ein Anknüpfungspunkt für die Aufnahme der Martinschen Lehre gegeben, zu der man hinneigte. Die Weiterentwickelung hat sich darum an die Spezialvorschrift, welche jenes Merkmal enthielt, angeschlossen, um dasselbe für die Streitgenossenschaft selbst zu verwerten.

Zwar war sie nicht die einzige Vorschrift mit jener Unterscheidung, aber die einzige, welche dieselbe in einer, wenn auch nur äufserlichen Beziehung zur Streitgenossenschaft brachte. Sonst wurde der Unterschied von der G.-O nur gemacht, um innerhalb der Gemeinden und Korporationen und Ähnlichen, nicht aber innerhalb der Streitgenossenschaft Verschiedenes festzusetzen. Dies mufs gegen eine mehrfach vertretene Ansicht behauptet werden, welche in A. G.-O. I, 5 § 4 Nr. 7 u. 8 die *sedes materiae* der Streitgenossenschaft erblickt [1]). Daselbst wird bestimmt, dafs, während jeder Mitinteressent bei teilbarem Objekt auf seinen Teil allein klagen und verklagt werden kann, ein einzelnes Mitglied einer Korporation oder Gemeinde oder ein einzelner Miteigentümer um einen unteilbaren Gegenstand nicht ohne weiteres allein zu klagen befugt sei. Vielmehr soll der Richter alsdann beurteilen, „inwiefern der zur Klage anmeldende Teilnehmer für sich allein zum Prozefs

---

[1]) So z. B. Linde, Zeitschrift, a. a. O. Bd. 16, S. 121. Mit Unrecht werden die Stellen A. G.-O. I, § 4, Nr. 7 u. 8 auch von Koch, Der preufs. Civilprozefs, 2. Ausg. 1855, S. 179, auf die Streitgenossenschaft bezogen.



verstattet, oder bis zur erfolgenden Beistimmung der übrigen Teilnehmer zurückgewiesen werden müsse". Hier ist allerdings aufser von der Gemeinde und der Korporation von dem Miteigentum die Rede, aber daraus darf man keinen Schlufs auf die Streitgenossenschaft ziehen. Denn die Nebeneinanderstellung ist nur in Hinblick auf das der G.-O. zu Grunde liegende materielle Recht des Allgem. pr. Landrechts geschehen. Das Miteigentum des Landrechts aber sah man in jener Zeit als etwas Korporatives an.

Aus der angeführten Stelle ersehen wir zugleich, dafs dem Beklagten, wenn nicht alle Mitberechtigten zusammen als Kläger auftreten, keine Einrede, nicht die sog. *exceptio pl. litiscons.*, gewährt wird. Ebensowenig ist sie ihm gegeben, wenn bei unteilbarem Gegenstand nicht sämtliche Verpflichtete belangt sind. Das Gesetz stellt es dem Richter anheim, dem Kläger zu bedeuten, die Klage auch gegen die übrigen Mitverpflichteten zu richten. Daraus folgt, dafs der Kläger, wenn er dem richterlichen Befehl nicht nachkommt, auch nicht zur Klage zugelassen wird.

Das Versagen einer *exceptio* ist ein weiterer Grund, welcher die von der G.-O. ausgehenden preufsischen Entwürfe zur Aufnahme der Martinschen Lehre empfänglich machte.

Im Sinne derselben hat bereits der erste Entwurf, der bei Inangriffnahme einer neuen Civilprozefsordnung 1830 zustande kam, die Bestimmungen über Zuziehung der übrigen Interessenten bei Alleinklage überhaupt fallen lassen [1], und die Idee, dafs die Streitgenossenschaft eine Vereinigung zu gemeinschaftlichem Handeln sei, insofern zum Ausdruck gebracht, als die Mitinteressenten zur Bestellung eines gemein-

---

[1]) Gesetz-Revision. Pensum IV. Bericht... über die Revision der ersten 46 Titel der Prozefsordnung, 2. Teil. Spezielle Revision. 1827, S. 24.

schaftlichen Sachwalters, doch ohne sie obligatorisch zu machen, angehalten werden sollen [1]).

Stärker tritt jener Gedanke hervor in dem Kamptzschen Entwurf, der unter Berücksichtigung des früheren Entwurfes 1842 publiziert wurde. Die Bestimmungen über die Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters hat er beibehalten [2]), aufserdem aber zuerst die Unterscheidung zwischen teilbarem und unteilbarem Objekt innerhalb der Streitgenossenschaft angewandt [3]). Der frühere Entwurf hatte die erwähnte Vorschrift der A. G.-O. über die Eidesleistung gewisser Klassen von Personen aus der Erwägung beseitigt, dafs diese Personenmehrheiten keine Gemeinden oder Korporationen seien, folglich stets als Streitgenossen in Betracht kämen [4]). · Auch Kamptz erkannte, dafs es sich dabei, weil nicht um Gemeinden, um Streitgenossen handele [5]). Aber er kam zu einem anderen Schlufs. Nicht die allgemeine Regel für die Streitgenossenschaft wurde auf diesen Fall, sondern die Scheidung, welche bei dem Spezialfall gemacht war, wurde auf die gesamte Streitgenossenschaft ausgedehnt. Er verlangte zwar noch die Eidesleistung von allen Streitgenossen, wenn aber bei unteilbarem Objekt von einzelnen Streitgenossen, und ebenso, wenn von einzelnen die Annahme und Zurückschiebung des Eides verweigert würde, sollte die Mehrheit der Stimmen entscheiden, ob der Eid als geleistet, als angenommen, als zurückgeschoben anzu-

[1]) Gesetz-Revision. Pensum IV, a. a. O. 3. Teil. Entwurf 1830, § 87.

[2]) Revidierter Entwurf der bürgerlichen Prozefsordnung für die preufsischen Staaten, 1842, I. Teil, § 145.

[3]) Eine vereinzelte Anwendung findet sich bereits im Entwurf von 1830, § 205 (beim Geständnis).

[4]) Entwurf von 1830, Bemerkungen zu § 351, S. 255.

[5]) Revidierter Entwurf etc. Motive zum besonderen Teil, S. 227 f.

sehen sei [1]). Hierin spricht sich bereits der Gedanke aus, dafs bei unteilbarem Gegenstand nur gemeinschaftlich gehandelt werden könne. Divergieren die Erklärungen der Streitgenossen, so bedarf es daher eines Mittels, sie zu einen. Als solches dient dasselbe, das Martin, zwar nicht wie hier schlechthin, aber doch *primo loco* zur Anwendung gebracht wissen wollte, die Stimmenmehrheit.

Die nächsten Entwürfe sind dem Kamptzschen Entwurf geradesowenig wie in der Strafgesetzgebung gefolgt.

Der Entwurf von 1843 ignoriert ihn fast ganz und knüpft direkt an den von 1830 an. Noch kürzer als

---

[1]) Revidierter Entwurf. Besond. Teil.

§ 262: „Wird dagegen der Eid mehreren Personen, welche weder eine Korporation oder Gemeinde ausmachen, noch sonst gesetzlich als e i n e Person zu betrachten, sondern als Mitherechtigte oder Mitverpflichtete in den Prozefs verwickelt sind, zugeschoben, so mufs, mag der Gegenstand des Prozesses teilbar oder unteilbar sein, die Eidesdelation an sämtliche Teilnehmer geschehen, und der Eid von ihnen sämtlich geleistet werden. Verweigern einige von ihnen die Eidesleistung und der Gegenstand des Prozesses ist teilbar, so ist gegen die Weigernden das, was aus der verweigerten Eidesleistung den Gesetzen nach folgt, zu erkennen, wenn aber der Gegenstand unteilbar ist, nach der Mehrheit der Stimmen zu beurteilen, ob der Eid für verweigert oder für geleistet zu erachten ist."

§ 272: „Wenn von mehreren Vertretern derselben Partei oder von mehreren Streitgenossen, welche letztere wegen einer unteilbaren Sache gemeinschaftlich klagen oder verklagt worden sind, einige den ihnen zugeschobenen Eid ableisten, andere denselben aber zurückschieben wollen, so ist nach der Mehrheit der Stimmen zu beurteilen, ob der Eid für angenommen oder zurückgeschoben zu erachten ist. Bei teilbaren Streitgegenständen mufs dagegen der Eid von denjenigen Streitgenossen, welche denselben angenommen haben, ohne Rücksicht darauf, ob er von der Mehr- oder Minderzahl zurückgeschoben ist, geleistet werden, und ebenso ist der Deferent den ihm von den übrigen Streitgenossen referierten Eid abzuschwören verbunden."

hier ist in ihm die Streitgenossenschaft abgehandelt[1]) Seine Bestimmungen können wir übergehen[2]) Ebenso die des Entwurfes von 1848. Denn der letztere steht aufserhalb der geschichtlichen Linie, welche von der A. G.-O. bis zum Entwurf von 1864 reicht. Er hängt mehr mit dem Vorarbeiten zum Hannöverschen Gesetz von 1848 und den Gesetzgebungswerken dieser Richtung zusammen. Zum Beweis mag dienen, dafs er umfängliche Vorschriften über die *exceptio pl. litiscons.* enthält[3]), dagegen nur eine über den Beweis durch Eid, und diese zeigt einen von dem Kamptzschen Entwurf völlig abweichenden Gedanken. Bei unteilbarem Objekt soll nämlich die Weigerung des Eides auch nur eines Genossen zur Folge haben, dafs der Eid überhaupt nicht als geleistet gilt[4])!

Der Entwurf von 1864 selbst vertritt wieder ganz den Standpunkt, dafs die Unteilbarkeit des Streitgegenstandes die Genossen zu gemeinschaftlichem Handeln verbinde. Demgemäfs soll, während bei teilbarem Objekt der Eid von und an einzelne Streitgenossen zugeschoben werden kann, die Zuschiebung bei einem unteilbaren Objekt nur von allen Genossen und an alle gemeinschaftlich geschehen[5]). Lauten

---

[1]) Verordnung über den Civil-Prozefs. Nach den Beratungen im Ministerium für Gesetz-Revision redigierter Entwurf, 1843, § 4.

[2]) Der Neue Entwurf einer Verordnung über den Civil-Prozefs. Redigiert nach den Beratungen der Gesetz-Kommission 1845, enthält in unserer Materie wörtlich die Bestimmungen des Entwurfs von 1843. S. daselbst § 5.

[3]) Entwurf einer Civil-Prozefs-Ordnung für den preufsischen Staat, 1848, §§ 12, 13.

[4]) Entwurf von 1848, § 456.

[5]) Entwurf einer Prozefs-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 1864, § 537: „Wenn der Gegenstand des Streites unteilbar ist oder in einer ungeteilten Vermögensmasse besteht oder zu einer solchen gehört, so kann der Eid über eine Thatsache, welche für

die Erklärungen über Annahme und Zurückschiebung des Eides verschieden, so mufs eine Erklärung als von der Gesamtheit der Streitgenossen abgegeben erachtet werden, welche, das bestimmt sich wie in dem Kamptzschen Entwurfe nach Stimmenmehrheit. Sie wird aber nicht berechnet nach der Zahl der Genossen, sondern nach der Gröfse der auf die einzelnen entfallenden Anteile an dem Streitgegenstand[1]. Kommt es zur Eidesleistung, so sind alle berechtigt, aber es brauchen nicht alle Mitstreiter zu schwören. Es genügt der Eid von drei aus ihrer Mitte von ihnen selbst oder vom Gegner Gewählten[2]. Da nun trotz der für alle gemeinschaftlichen Annahme die Möglichkeit vorliegt, dafs einzelne der zum Eid Bestimmten denselben dennoch weigern, ist ein Mafsstab nötig, wonach derselbe für die Gesamtheit als geleistet oder verweigert anzusehen ist[3]. Der Mafsstab hierfür ist das richterliche Ermessen

Das vom Entwurf befolgte Prinzip äufsert sich ferner darin, dafs die *exceptio pl. litiscons.*, die einen Zwang zum gemeinschaftlichen Eintritt in den Prozefs, aber nicht zu gemeinschaftlicher Durchführung auferlegte, völlig mit Stillschweigen übergangen ist[4]. Schliefslich macht es sich geltend in der Aufnahme des dem französischen Recht

die Rechte aller Streitgenossen von Einflufs ist, nur allen Streitgenossen und nur von allen Streitgenossen gemeinschaftlich zugeschoben werden."

[1]) Entwurf von 1864, § 538, Abs. 1: „Sind die Streitgenossen im Falle des § 537 darüber nicht einig, ob der Eid dem Gegner zuzuschieben oder ob ein zugeschobener Eid anzunehmen oder zurückzuschieben sei, so entscheidet die nach der Gröfse der Anteile zu berechnende Mehrheit der Stimmen."

[2]) Entwurf von 1864, § 539, Abs. 1 u. 2.

[3]) Entwurf von 1864, § 539, Abs. 3.

[4]) Motive zu dem Entwurfe einer Prozefs-Ordnung etc. 1864, S. 32.

entlehnten Verbindungsurteils und in den daran geknüpften Folgen. Erscheint trotz neuer Ladung nach dem Verbindungsurteil einer der Genossen nicht, so ist der erschienene nicht schlechthin Vertreter des anderen. Nur „soweit die Anführungen und Beweise den nicht erschienenen günstig sind, werden sie von jenen als erbracht angesehen“ [1]), also nur soweit man annehmen kann, dafs der abwesende selbst die gleichen — weil eben günstigen — Erklärungen abgegeben hätte.

§ 2.

Die hannöverschen Entwürfe.

Ein anderes Prinzip als in den preufsischen Entwürfen tritt in den sog. hannöverschen Entwürfen zu tage. Sie fufsen auf dem hannöverschen Gesetz von 1848, und dieses ist das Spiegelbild der Doktrin, welche die Streitgenossenschaft zum Teil als eine vom Beklagten erzwingbare Gemeinschaft auffafste.

Die hannöversche Prozefsordnung kennt keinen Unterschied zwischen subjektiver Klagenkumulation und Streitgenossenschaft. Die letztere gestattet sie, „wenn mehreren oder gegen mehrere einzelne Personen der streitige Gegenstand oder Anspruch gemeinschaftlich zusteht, oder aber der Anspruch für oder gegen mehrere auf demselben Grunde beruht“ [2]), sodann aber auch unter der Klausel, dafs keine „zu grofse Weitläufigkeit oder eine Verwirrung des Verfahrens“ herbeigeführt wird, wenn „gleichartige Ansprüche oder Verpflichtungen auf einem im wesentlichen gleichartigen Rechtsgrunde“ beruhen [3]). Wollen danach mehrere Personen

---

[1]) Entwurf von 1864, § 393.

[2]) Allgemeine bürgerliche Prozefsordnung für das Königreich Hannover, 1848, § 23, Abs. 1.

[3]) Gesetz von 1848, § 23, Abs. 8.

als Streitgenossen prozessieren, so müssen sie einen „gemeinschaftlichen Vertreter“ bestellen [1]. In der Verpflichtung hierzu zeigt sich bereits ein Gegensatz zu den älteren preufsischen Entwürfen. Diese bezwecken nur Übereinstimmung in dem prozessualischen Handeln. Darum wurde die Bestellung den Streitgenossen zwar anheimgegeben, aber nicht vorgeschrieben. Das hannöversche Gesetz dagegen will, weil es sich die Streitgenossenschaft als etwas in sich Geschlossenes vorstellt, Einheit in der Prozefsführung. Deshalb fordert es die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters und zwar in einer Person. Der Gedanke an die enge Zusammengehörigkeit der Genossen ist es denn auch gewesen, demzufolge die *exceptio pl. litiscons.* Aufnahme gefunden hat. Es besteht also in gewissem Umfang eine Nötigung mit anderen zusammen den Prozefs zu beginnen. Dafs ein solcher Grund vorliegt, nach dem nicht einzelne Mitberechtigte klagen, nicht einzelne Mitverpflichtete belangt werden können, hat der Beklagte zu beweisen [2]. Woher er den Beweis erbringt, ist gleichgültig. Die Einrede ist nicht an die Unteilbarkeit des Gegenstandes gebunden.

Doch spielt dieses Kriterium auch im hannöverschen Gesetz eine Rolle. Die Prozefsordnung, die mit Linde nicht nach dem Streitgegenstand, sondern auf dem aus ihm folgenden Anspruch unterscheidet, macht innerhalb der unteilbaren Ansprüche zwei Kategorieen, jenachdem der vom klagenden oder beklagten Genossen erstrittene Sieg dem andern Genossen nützt oder nicht nützt. Nur die Ansprüche,

---

[1]) Gesetz von 1848, § 23, Abs. 7.

[2]) Gesetz von 1848, § 23, Abs. 4: „Der Einwand, dafs mehrere Mitberechtigte oder Mitverpflichtete vorhanden seien, ist, wenn sein Grund sich nicht ohnehin aus den Akten ergiebt, von dem Beklagten zu erweisen.“

bei denen das erstere zutrifft, erscheinen als eigentlich unteilbare. Darum äufsert sich insbesondere bei ihnen das dem hannöverschen Gesetz eigentümliche Prinzip. Die Streitgenossen erscheinen insoweit als so eng zusammengehörig, dafs Annahme und Leistung des Eides auch nur eines Genossen für alle wirken[1]).

Auch die Bestimmungen über die zweite Kategorie unteilbarer Ansprüche[2]) näheren sich trotz ähnlichen Wortlauts in ihrem Wesen nicht denen der preufsischen Entwürfe. Nirgends ist eine gemeinschaftliche Annahme und Zurückschiebung des Eides vorgesehen. Und obwohl wie in jenen bei differierenden Erklärungen Stimmenmehrheit den Ausschlag geben soll, ist dies nicht wie dort ein Mittel die Verschiedenheiten auszugleichen, sondern dient dazu, eine Erklärung der als geschlossene Gesamtheit gedachten Mehrheit zu ermöglichen.

Auf Grundlage des hannöverschen Gesetzes verfafste der Referent für die in Hannover tagende Kommission zur Ausarbeitung einer deutschen Civilprozefsordnung seinen Entwurf. Dieser aber ist knapper und einfacher, und zeigt fast noch mehr das Charakteristische der hannöverschen Rechtsauffassung.

In den wenigen Vorschriften über die Streitgenossenschaft ist nach Abgrenzung ihrer Zulässigkeit die *exceptio pl. litiscons.* erwähnt[3]). Derselben ist die Eigenschaft einer

[1]) Gesetz von 1848, § 156, Abs. 2, 1. Satz: „Ist aber der Anspruch unteilbar und beruht diese Unteilbarkeit nach den Vorschriften des Civilrechts auf einem solchen Grunde, dafs der durch die Eidesleistung des einen bewirkte Sieg auch den übrigen Streitgenossen zu gute kommen mufs, so genügt es, wenn auch nur einer der Streitgenossen annimmt und ableistet.“

[2]) Gesetz von 1848, § 156, Abs. 3.

[3]) Entwurf einer allgemeinen deutschen Civilprozefsordnung. Nach der Vorlage des Referenten, 1864, § 63: „Die Einrede, dafs

prozeſshindernden Einrede gerade so gelassen, wie früher. Wenn v. Amelunxen das Gegenteil behauptet[1]), so trägt er die neuere Anschauung in das Gesetz hinein. Dasselbe verweist zwar auf das Civilrecht, aber nur zu dem Zwecke, damit man aus ihm entnehme, wann die Prozeſseinrede möglich sei! Eine solche Verweisung aber war einerseits geboten, weil man im gemeinen Recht über die einzelnen Fälle der *exceptio* stritt, und weil andererseits die Gesetzgebungen der einzelnen deutschen Staaten in diesem Punkte auseinandergingen.

In Übereinstimmung mit dem hannöverschen Recht wird die Bestellung eines gemeinschaftlichen Prozeſsbevollmächtigten den Genossen auferlegt[2]). Bei Unterlassung erfolgt sie vom Gerichtsvorsitzenden. Die Notwendigkeit eines gemeinschaftlichen Bevollmächtigten fällt jedoch dann, aber auch nur dann weg, wenn die Interessen der Genossen mit einander in Widerspruch stehen. Das aber wird in den Fällen nicht vorkommen, in denen wegen der Zusammengehörigkeit der Genossen die Beteiligung aller am Prozeſs erzwungen werden kann.

Schlieſslich ist der Entwurf auch in den Normen über die Eidesleistung der Auffassung des hannöverschen Gesetzes treu geblieben. Es heiſst § 405: „Streitgenossen haben den Eid sämtlich zu schwören, sofern nicht nach den Vorschriften des Civilrechts die Leistung oder Verweigerung des Eides von seiten eines Streitgenossen die Eidesleistung der übrigen Streitgenossen überflüssig macht.“

---

die Klage von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete zu erheben sei, findet nur insoweit statt, als die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft auf civilrechtlichen Vorschriften beruht.“

[1]) v. Amelunxen, a. a. O. S. 45.

[2]) Entwurf des Referenten, 1864, § 65.

Die Worte schreiben zwar ein Handeln durch alle Genossen als Regel vor, aber die Regel betrifft nicht die uns hier interessierenden Fälle. Diese werden von der Ausnahme umfafst, welche sich in ihrem Wortlaut an die Vorschrift des hannöverschen Gesetzes über die eigentlich unteilbaren Ansprüche anlehnt Soweit dort einer für alle handeln kann, soll auch hier die Handlung eines Genossen für die Gesamtheit derselben genügen.

An dem Entwurf des Referenten hat die Kommission weder in erster noch in zweiter Lesung wesentlich geändert [1]). So wie er nun aus der zweiten Lesung hervorging [2]), hat er der Kommission zur Beratung einer Civilprozefsordnung für Norddeutschland vorgelegen. Seine Bestimmungen lauten:

§ 52: „Mehrere Personen können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn sie in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen oder aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind.“

---

[1]) Der „Entwurf etc. nach den bei der ersten Lesung gefafsten Beschlüssen, vorbehältlich der Schlufsredaktion“, hat über die *exceptio pl. litiscons.* folgende Bestimmung:

§ 57: „Die Einrede, dafs die Klage von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete zu erheben sei, findet nur insoweit statt, als dieselbe ihre Begründung in civilrechtlichen Vorschriften findet.“

Über die Eidesleistung ist bestimmt § 400: „Streitgenossen haben den Eid sämtlich zu schwören sofern nicht nach den Vorschriften des Civilrechts oder nach Vereinbarung der Parteien die Leistung oder Verweigerung des Eides von seiten eines einzelnen Streitgenossen die Eidesleistung der übrigen unnötig macht.“

Der „Entwurf etc. nach den bei der ersten Lesung gefafsten Beschlüssen“ hat nichts geändert.

[2]) Entwurf einer allgemeinen Civilprozefsordnung für die deutschen Bundesstaaten. Nach den von der Civilprozefskommission zu Hannover bei der zweiten und letzten Lesung gefafsten Beschlüssen. 1866.

§ 53: „Die gemeinschaftliche Rechtsverfolgung und Verteidigung durch mehrere Kläger oder Beklagte ist auch dann zulässig, wenn solche gleichartige Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits bilden, welche auf einem im wesentlichen gleichartigen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhen."

§ 54: „Die Einrede, dafs die Klage von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete zu erheben sei, ist nur insoweit statthaft, als dieselbe ihre Begründung in civilrechtlichen Vorschriften findet."

§ 55: „Streitgenossen stehen, sofern sich nicht aus civilrechtlichen Grundsätzen oder aus besonderen Bestimmungen dieses Gesetzes etwas anderes ergiebt, der Gegenpartei dergestalt als einzelne gegenüber, dafs die Angriffs und Verteidigungsmittel des einen Streitgenossen dem andern ebensowenig nützen, als die nachteiligen Handlungen oder Unterlassungen desselben dem andern zum Nachteil gereichen."

§ 56: „Mehrere als Streitgenossen auftretende Personen haben, sofern ihre Interessen nicht im Widerspruch stehen, einen gemeinschaftlichen Prozefsbevollmächtigten zu bestellen . . . .

Ist dieses unterblieben, so erfolgt die Bestellung durch den Vorsitzenden des Gerichts."

§ 413: „Streitgenossen haben den Eid sämtlich zu schwören, sofern nicht nach den Vorschriften des Civilrechts oder nach Vereinbarung der Parteien die Leistung oder Verweigerung des Eides von seiten eines einzelnen Streitgenossen die Eidesleistung der übrigen unnötig macht."

§ 3.

Die norddeutschen Entwürfe und die Entwürfe zur Reichs-Civilprozessordnung.

In der Kommission, welche den Entwurf für die norddeutsche Civilprozefsordnung zu bearbeiten hatte, wurde

die Vereinigung der grundverschiedenen Prinzipien der preufsischen und hannöverschen Entwürfe angebahnt. Eine solche Vereinigung beförderte schon der äufsere Umstand, dafs die Kommission zum gröfsten Teil aus preufsischen Juristen bestand, und unsere Materie an der Hand des letzten hannöverschen Entwurfs durchberaten wurde.

Die Paragraphen über den Umfang, in welchem die Streitgenossenschaft gestattet sein sollte, wurden ohne Erinnerungen angenommen [1], zumal die allgem. Gerichtsordnung und die preufsischen Entwürfe ähnliche Vorschriften über eine eigentliche und eine uneigentliche Streitgenossenschaft enthielten. Bedenken aber erregte die Aufnahme der *exceptio plurium litisconsortium*, welche man in Preufsen nicht kannte [2]. Man war sachlich darüber einig, dafs die Frage, ob und wann die Klage von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete anzustellen sei, sich nach dem bürgerlichen Rechte entscheide. Die Berechtigung der Einrede an sich leugnete man also nicht, aber sie sollte dem Beklagten keine prozessualische Befugnis gewähren. Darum schien das Wort „Einrede" anstöfsig. Schliefslich überliefs man es der Redaktion, ob und welche Bestimmung über die *exceptio pl. litiscons.* aufzunehmen sei [3].

Noch gröfseren Zweifel mufste man hegen bei der im hannöverschen Entwurf ausgesprochenen grundsätzlichen

[1]) Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozefsordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes, S. 125.

[2]) Protokolle a. a. O. S. 126.

[3]) Protokolle a. a. O. S. 126 und S. 277. Als § 78 des Kommissionsentwurfs wurde dem § 54 des hannöverschen Entwurfs entsprechend Folgendes aufgenommen: „Inwiefern eine Klage gemeinschaftlich von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete zu erheben ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts."

Freiheit der Streitgenossen in der Geltendmachung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln. Denn vom preufsischen Standpunkt aus schien es einen Kreis von Fällen zu geben, in dem man die Notwendigkeit gemeinschaftlichen Handelns voraussetzte. Dennoch behielt man die hannöversche Bestimmung bei. Man konnte ja die Fälle des notwendig gemeinschaftlichen Handelns immerhin unter die Ausnahme „sofern sich nicht aus civilrechtlichen Grundsätzen etwas anderes ergiebt" bringen! Aber diese reichte nicht aus für die Behandlung des Beweises durch Eid. Deshalb fügte man in Hinblick hierauf hinzu: „oder aus den Vorschriften dieses Gesetzbuchs" [1].

Über die Pflicht der Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters gingen, wie wir sahen, preufsische und hannöversche Anschauung auseinander. In der Kommission siegte die erstere, so dafs der betreffende Paragraph des hannöverschen Entwurfs gestrichen wurde [2].

Zeigte sich bereits in alledem ein Vorwiegen des preufsischen Einflusses, so mufste das noch mehr da der Fall sein, wo sich die preufsische Lehre gleichsam krystallisierte, nämlich beim Beweis durch Eid. Hier verliefs man den hannöverschen Entwurf gänzlich und hielt sich unmittelbar an

---

[1]) Protokolle a. a. O. S. 126 f. und S. 278. § 78 des Kommissionsentwurfs lautet: „Streitgenossen stehen, soweit sich nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzbuchs ein anderes ergiebt, der Gegenpartei dergestalt als einzelne gegenüber, dafs die Handlungen oder Unterlassungen des einen Streitgenossen dem andern weder zum Vorteil noch zum Nachteil gereichen." — Mit Unrecht wird Protokolle S. 278 auf den § 111 des preufs. Entw. verwiesen: „Durch die eingetretene Streitgenossenschaft wird die Befugnis der einzelnen Streitgenossen, sich besonderer Angriffs- oder Verteidigungsmittel zu bedienen, imgleichen die Befugnis des Gegners besondere Angriffs- oder Verteidigungsmittel gegen einzelne Streitgenossen zu gebrauchen nicht ausgeschlossen."

[2]) Protokolle a. a. O. S. 127.

den preufsischen von 1864. Mit ihm unterschied man innerhalb der Streitgenossenschaft nach der Teilbarkeit und Unteilbarkeit des Streitgegenstandes Bei teilbarem Objekt hielt man eine besondere Vorschrift für überflüssig und die des hannöverschen Entwurfs für genügend, wonach die einzelnen Streitgenossen zu selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmitteln befugt sein sollten [1]). Anders bei unteilbarem Objekt. In Bezug hierauf war man einig, nur allen Streitgenossen zusammen die Eideszuschiebung und -Zurückschiebung zu gestatten und die Vornahme derselben von einem einzelnen als nicht geschehen zu betrachten [2]). Man verwarf es also, die Streitgenossen als einzelne einander gegenüberzustellen, und setzte das Gegenteil von dem fest, was das hannöversche Gesetz offen, der hannöversche Entwurf *implicite* aussprach, nämlich dafs bei unteilbarem Objekt einer für alle handeln könne. Nach gleichen Grundsätzen wurde die Frage, ob der Eid auch allen Streitgenossen zugeschoben und zurückgeschoben werden müsse, erledigt. Die Zuschiebung sollte an alle erfolgen, aber an einzelne gestattet sein, wenn diese *de veritate* zu schwören vermöchten [3]). Also auch hier der Gedanke eines möglichst

[1]) Protokolle a. a. O. S. 1035.

[2]) Protokolle a. a. O. S. 1036 f. und S. 1158; Kommissionsentwurf § 577, Abs. 1: „Ist im Falle einer Streitgenossenschaft der Streitgegenstand unteilbar, oder ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über denselben nur eine gemeinsame Verfügung aller Streitgenossen wirksam, so kann der Eid über eine Thatsache, welche für die Rechte aller Streitgenossen von Einflufs ist, nur von allen Streitgenossen und nur allen Streitgenossen zugeschoben oder zurückgeschoben werden."

[3]) Protokolle S. 1036; Kommissionsentwurf § 577, Abs. 2: „Die Zuschiebung oder Zurückschiebung an einen Teil der Streitgenossen ist jedoch gestattet, wenn sie in Ansehung der übrigen Streitgenossen nach den Bestimmungen der §§ 556 und 560 ausgeschlossen ist. Auch in diesem Fall bedarf es zur Zurückschiebung

gemeinschaftlichen Handelns! In Konsequenz desselben haben auch die Schwurfähigen bei Annahme und Leistung des Eides zusammen zu handeln. Geben aber nicht alle die gleiche Erklärnng ab oder verweigern einzelne den Eid, so soll der Richter nach freiem Ermessen entscheiden, ob der Eid als angenommen resp. als geleistet zu gelten habe[1]).

Diese Bestimmungen über den Beweis durch Eid sind nun auch gegeben für den Fall, wenn über das Objekt nach Civilrecht nur gemeinsam verfügt werden kann.

Wie dieser Zusatz entstanden ist, lehren die Beratungen über das Kontumazial-Verbindungsurteil.

Der preufsische Entwurf hatte dasselbe nach französischem Muster im Interesse der Vereinfachung für alle Arten der Streitgenossenschaft aufgenommen. Die Kommission erklärte sich aber nur dafür im Interesse des bisweilen gebotenen gemeinschaftlichen Handelns. Darum gedachte sie das Verbindungsurteil auch nur in diesen Schranken aufzunehmen, also vornehmlich für Prozesse über unteilbare Streitobjekte. Demgemäfs stellte man in der Debatte folgenden Antrag[2]):

der übereinstimmenden Erklärung aller Streitgenossen. Über die Annahme des Eides haben sich nur diejenigen Streitgenossen zu erklären, welchen der Eid zugeschoben ist."

[1]) Protokolle S. 1038; Kommissionsentwurf § 578: „Ist der von allen oder von einem Teile der Streitgenossen zu leistende Eid von allen Schwurpflichtigen verweigert oder als verweigert anzusehen, so hat das Gericht nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob die thatsächliche Behauptung, für welche der Beweis mittels Eideszuschiebung angetreten ist, für wahr zu erachten sei (§ 432). — Erklären einzelne Streitgenossen, dafs sie den Eid nicht leisten werden, so ist in Ansehung der übrigen Streitgenossen die Leistung des Eides nicht anznordnen oder derselbe nicht abzunehmen, sofern das Gericht diesen Eid in Gemäfsheit der Bestimmungen des vorhergehenden Absatzes für unerheblich erachtet."

[2]) Protokolle S. 636.

„Wenn mehrere Personen als Streitgenossen geklagt haben oder belangt worden sind, und gegen einige die Erfordernisse des Versäumnisurteils vorliegen, während andere der betreffenden Ladung Folge geleistet haben, so kann auf Antrag des Gegners wider die Ausgebliebenen ein besonderes, von der Hauptentscheidung unabhängiges Versäumnisurteil erlassen werden, insofern ein solches gegen die Ausgebliebenen ganz oder teilweise zum Vollzuge sich eignet. Ist dies dagegen nicht der Fall, so wird die Entscheidung wider die Ausgebliebenen mit derjenigen wider die Erschienenen verbunden, und findet gegen dieses Urteil der Einspruch nicht statt."

Im Sinne dieses Antrags führte man aus, dafs es Fälle gebe, „in denen nur ein das ganze Rechtsverhältnis umfassendes Urteil ergehen könne, und ein nur den einzelnen Streitgenossen betreffendes Urteil wegen jener Unteilbarkeit des Verhältnisses sich nicht zum Vollzug eigne". Hier sei die Verbindung notwendig. Doch glaubte man, dafs es keineswegs eines Urteils bedürfe, um die im Termine Erschienenen mit den Nichterschienenen zu gemeinsamem Handeln zu vereinen. Als ausreichendes und geeignetes Mittel wählte man, ähnlich wie Linde, die fingierte Vertretung der Säumigen durch die Nichtsäumigen. Die Verbindung sollte eintreten bei unteilbarem Streitgegenstand und sodann bei Verhältnissen, die in dem Sinne unteilbar erscheinen, als alle Interessenten aktiv und passiv nur zusammen prozessieren können, wie namentlich die Miterben nach Auffassung des preufsischen Rechts [1]). An Stelle des Antrags beschlofs die Kommission folgenden Paragraphen einzuschalten:

„Ist der Streitgegenstand unteilbar oder ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Streitgenossen-

[1]) Protokolle S. 637.

schaft eine notwendige (§ 78), so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nicht von allen, sondern nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Genossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen. Insbesondere kann in einem solchen Falle gegen die säumigen Streitgenossen ein Versäumnisurteil nicht erlassen werden"[1]).

Mit dieser Formulierung ist der Anfang gemacht, die auf der Unteilbarkeit des Streitobjekts beruhende Streitgenossenschaft als besondere Art einer andern entgegenzusetzen, die man als blofs „zufällige" bezeichnete[2]). Jene sollte aber nicht nur bei Unteilbarkeit des Streitgegenstandes bestehen. In der Bestimmung ist auch auf die Fälle des § 78 des Kommissionsentwurfs verwiesen, d. h auf diejenigen, in welchen die *exceptio pl. litiscons.* begründet ist. Doch hat die Kommission durchaus nicht beabsichtigt, die fingierte Vertretung überall da anzuordnen, wo nach dem aus dem hannöverschen Entwurf entnommenen Paragraphen die Einrede zulässig erschien. Auch jene zweite Voraussetzung ist lediglich aus spezifisch preufsischer Rechtsanschauung in Einklang mit der Theorie von der Notwendigkeit gemeinsamen Handelns hervorgegangen. Denn einmal dachte ein Teil der Kommission nicht an die Fälle des gemeinen, sondern des preufsischen Rechts. Ferner wollte man die Vertretung aufser bei unteilbarem Gegenstand, bei unteilbaren Rechtsverhältnissen. Wenn nun § 79a an erster Stelle von dem unteilbaren Streitgegenstand spricht, so dürften unter den zu zweit angeführten Fällen eben die unteilbaren Rechtsverhältnisse gemeint sein. Sie decken sich aber nicht mit den Fällen, welche der hannöversche Entwurf im Auge hatte, und welche demgemäfs der über-

[1]) Protokolle S. 795.
[2]) Protokolle S. 636.

nommene § 78 umfafste. Darum war die Verweisung auf diesen inkorrekt, und der Zusatzparagraph über den beabsichtigten Inhalt hinaus erweitert.

Bei nochmaliger Beratung hielt man es für angezeigt, anstatt der Unteilbarkeit den Grund derselben, die einheitliche Feststellung, im Gesetz anzuführen[1]). Damit wären die Worte „oder ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Streitgenossenschaft eine notwendige" — weil sie sich nach der Absicht der Kommission auch auf Fälle der Unteilbarkeit beziehen sollten, überflüssig geworden. Und in der That haben von den drei Abänderungsvorschlägen zwei diese Worte gestrichen[2]). Dennoch sind sie infolge der Abstimmung beibehalten. Aus welchen Gründen, ist aus den Protokollen der Kommission nicht ersichtlich.

Die Ersetzung des Ausdrucks „Unteilbarkeit" durch „einheitliche Feststellung" sollte keine Änderung sein, war es aber doch. Bisher wollte man wenigstens die Vertretung nur bei Unteilbarkeit. Nun aber war sie ausgedehnt auf alle Fälle der *exceptio pl. litiscons.*, selbst auf den, in welchem der Anspruch teilbar und die Feststellung nicht notwendig für alle Genossen einheitlich erschien. Damit

---

[1]) Protokolle S. 1270.

[2]) Die Anträge, Protokolle S. 1270, lauteten: „1) Kann wegen Unteilbarkeit des Streitgegenstandes oder wegen Einheit der Vermögensmasse, zu welcher der Streitgegenstand gehört, nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur in gleicher Weise festgestellt werden, so etc. 2) Ist der Streitgegenstand dergestalt unteilbar, dafs nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts nur ein einheitliches Endurteil ergehen kann, oder ist nach jenen Vorschriften die Streitgenossenschaft eine notwendige, so etc. 3) Kann wegen Unteilbarkeit des Streitgegenstandes oder wegen Einheit der Vermögensmasse, zu welcher der Streitgegenstand gehört, nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts nur ein gleichlautendes Erkenntnis für oder gegen die Streitgenossen erfolgen, so etc."

ist die Vereinigung der beiden Richtungen, von denen die eine von der Notwendigkeit gemeinsamen Eintritts in den Prozefs, die andere von der eines gemeinsamen Handelns ausging, vollzogen.

Bei der endlichen Redaktion hatte man nichts weiter an den Beschlüssen der Kommission auszusetzen, und so lautet denn der Paragraph, mit dem man die heutige notwendige Streitgenossenschaft sanktionierte:

„Kann nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden, oder ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige, so u. s. w.“ [1]).

Im preufsischen Justizministerium wurde der Kommissionsentwurf einer abermaligen Prüfung unterzogen, da er infolge der inzwischen eingetretenen politischen Ereignisse von 1870/71 ein Entwurf für ganz Deutschland werden sollte.

Die Umarbeitung behielt den Wortlaut des von der norddeutschen Kommission formulierten Paragraphen bei [2]), beseitigte aber die *exceptio pl. litiscons.* Die Motive begründen die Beseitigung folgendermafsen: „Der Entwurf läfst die dem Gebiete des Civilrechts angehörende Frage, in welchen Fällen eine Klage gemeinschaftlich von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete zu erheben sei *(exceptio pl. litiscons.)*, unberührt, und regelt nur die Zulässigkeit der Streitgenossenschaft und die prozessualische

---

[1]) § 86 des Kommissionsentwurfs. Ebenso § 86 des vervollständigten Entwurfs von 1870. Dieser unterscheidet sich von dem früheren nur durch einen zu § 86 zugefügten zweiten Absatz über die Zustellungen an einen säumigen Streitgenossen.

[2]) Entwurf einer deutschen Civilprozefsordnung. Im königl. preufs. Justizministerium bearbeitet 1871, § 58.

Stellung der durch Streitgenossenschaft verbundenen Personen[1]). Damit ist also die Existenz von Fällen, in denen mehrere Personen, um ein siegreiches Urteil erstreiten zu können, zusammen in den Prozefs eintreten müssen, anerkannt, aber ohne dafs dem Beklagten eine prozessualische Einrede erwachsen soll. War nun die diesbezügliche Vorschrift aus dem hannöverschen Entwurf überflüssig geworden, so hätte auch der von der Kommission geschaffene Zusatzparagraph, der ja auf jene verwies, eine Änderung erfahren müssen, wenn man den Standpunkt des Redaktors des früheren Entwurfs geteilt hätte. Man verband aber mit dem Wortlaut, wie die norddeutsche Kommission, die rein preufsische Auffassung. Die Motive nennen wieder als Beispiel die Erbschaft des preufsischen Rechts[2]).

Eine weitere Abweichung bringt der Entwurf bei der Eideszuschiebung und -Zurückschiebung[3]). Die Vorschrift hierüber betraf nach ihrer bisherigen Fassung das streitige Rechtsverhältnis, d. i. das civilrechtliche. Jetzt wurde sie ausgedehnt auf jede Thatsache, welche für ein allen Streitgenossen einheitlich festzustellendes Rechtsverhältnis von Einflufs ist. Sie umfafste mithin nach ihrem Wortlaut — die Motive geben keine Auskunft — auch die Fälle, in denen einheitliche Feststellung durch die Prozefsgesetze geboten sein konnte.

---

[1]) Entwurf etc. II. Begründung des Entwurfs, S. 267 f.

[2]) Begründung a. a. O. S. 269.

[3]) Entwurf von 1871, § 397 Abs. 1: „Der Eid über eine Thatsache, welche für ein allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältnis von Einflufs ist, mufs allen Streitgenossen zugeschoben oder zurückgeschoben werden, sofern nicht rücksichtlich einzelner Streitgenossen die Zuschiebung oder Zurückschiebung unzulässig ist. In jedem Fall bedarf es zur Zurückschiebung der übereinstimmenden Erklärung aller Streitgenossen. Über die Annahme des Eides haben sich nur diejenigen Streitgenossen zu erklären, welchen der Eid zugeschoben ist."

Aus dem Entwurf von 1871 ist der Entwurf des nächsten Jahres entstanden, der in unserer Materie nichts geändert hat [1]). Aber dennoch enthält er eine wesentlich andere — man möchte sagen verdeutschte — Begründung [2]). Nichts erinnert, wie in den Motiven von 1871, daran, dafs die Bestimmungen über die notwendige Streitgenossenschaft in erster Linie aus preufsischem Recht hervorgegangen sind.

Die Motive führen die Voraussetzungen derselben an und sagen: „Beiden Voraussetzungen ist gemeinsam, dafs sie dem bürgerlichen Rechte zu entnehmen sind. Während die letztere die Fälle umfafst, in denen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine Klage gemeinschaftlich von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete zu erheben ist (die Fälle der sog. *exceptio pl. litiscons.*), ist bei der ersteren zunächst an Fälle gedacht, in denen mehrere Personen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, obgleich jedem einzelnen die Vertretung rücksichtlich des streitigen Rechtsverhältnisses *in solidum* zusteht. Ein Beispiel gewähren die Bestimmungen des römischen Rechts, nach denen die Unteilbarkeit der Prädialservituten jeden Miteigentümer als solidarischen Vertreter des herrschenden sowohl als des dienenden Grundstücks erscheinen läfst." Nach dem Beispiel sollte man meinen, die notwendige Streitgenossenschaft des Entwurfs sei aus dem gemeinen und nicht aus dem preufsischen Recht herausgebildet! Es ist auch nicht des Umstandes gedacht, dafs die erste Voraussetzung die Unteilbarkeit des Streitgegenstandes betreffen sollte. In völliger Disharmonie mit der geschichtlichen Entwickelung heist es: „Aufser der Unteilbarkeit des streitigen

---

[1]) Entwurf einer deutschen Civilprozefsordnung 1872. S. §§ 56 ff. und § 410.

[2]) S. Begründung des Entwurfs einer deutschen Civilprozefsordnung 1872, S. 101 f.

Rechtsverhältnisses kann (!) hierher auch die Unteilbarkeit des Streitgegenstandes gehören." Hinsichtlich der zweiten Voraussetzung schweigen die Motive darüber, dafs man sie ursprünglich auf preufsische unteilbare Rechtsverhältnisse bezog. Nur am Schlusse der Ausführungen wird die Erbschaft nebenhin erwähnt.

Der dem Reichstag 1874 vorgelegte Entwurf hat die Fassung[1]) und die Motive seines Vorgängers beibehalten[2]). So lautet denn die Begründung zu jener Bestimmung derart, als entspreche diese dem ureigensten Prinzip des gemeinen Rechts. Wesentlich mögen die Motive dazu beigetragen haben, dafs man sich abmühte, die notwendige Streitgenossenschaft aus dem gemeinen Recht zu erklären.

Die Kommission des Reichstages[3]) hat die §§ 55 bis 59 ohne Debatte angenommen. Auch bei der Schlufsredaktion gaben sie ebensowenig wie die Bestimmungen über den Eid, Anlafs zu Änderungen, so dafs sie in der Form der früheren Entwürfe zum Gesetz erhoben wurden.

---

[1]) Entwurf einer Civilprozefsordnung 1874. §§ 56 ff. und § 410.

[2]) Begründung des Entwurfs einer Civilprozefsordnung, S. 82 f.

[3]) S. Protokolle der Kommission, 1. Lesung, S. 25 und 180.

Teil II.

Die notwendige Streitgenossenschaft des geltenden Rechts.

Abschnitt I.

Allgemeines über die notwendige Streitgenossenschaft.

§ 1.

Die notwendige Streitgenossenschaft im Verhältnis zur zufälligen.

Der aus dem Zusatz der norddeutschen Kommission entstandene § 59 C. P. O. lautet:

„Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden, oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen.

Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen."

In den Worten liegt, dafs es eine notwendige Streitgenossenschaft im Gegensatz zu einer anderen giebt, und dafs jene eine gewisse Wirkung erzeugt. Ihre Existenz nimmt das Gesetz in zwei Fällen an. Wann aber deren Voraussetzungen vorliegen, darüber schweigt es. Mithin läfst es das zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältnis

unberührt [1]). Wie dieses beschaffen sein mufs, ist aus allem anderen, nur nicht aus § 59 C P. O. selbst zu entnehmen. Indem das Gesetz es ablehnt, in das materielle Recht einzugreifen, versagt es auch die Auskunft darüber, ob und wie das materielle Rechtsverhältnis durch die Thatsache alteriert wird, dafs die Gemeinschaft der Streitenden eine notwendige ist. Falls also eine Rückwirkung des prozessualen Verhältnisses auf das materielle überhaupt möglich ist, läfst sich darüber aus § 59 gar nichts ermitteln. Die Wirkung, deren er gedenkt, ist eine rein prozessuale.

Weil § 59 in das materielle Recht nicht eingreifen will, giebt er auch keine Antwort auf die Frage, wie sich das Verhältnis der einzelnen Streitgenossen zu dem Streitgegenstande verhalte. Die Theorie, welche Gemeinschaft des Objekts verlangt, hat das positive Recht aufgegeben. Ebensowenig wird vorausgesetzt, dafs die Mitstreitenden sich in einer civilrechtlichen Gemeinschaft befinden. Sie können wohl in einer solchen stehen, brauchen es aber nicht.

Endlich erfahren wir auch darüber aus dem Gesetze nichts, ob die notwendige Streitgenossenschaft eine Änderung in dem materiellen Verhältnis der Genossen zu einander nach sich ziehe. Existiert keine andere Norm als § 59, dann werden die Genossen, die zuvor in keinem materiellen Gemeinschaftsverhältnisse standen, zu einem solchen auch nicht durch den gemeinschaftlichen Streit verbunden.

Der § 59 C. P. O. ist sonach eine Vorschrift lediglich für den Prozefs [2]). Als prozessualische Vorschrift ist er wie die Bestimmung über die gewöhnliche Streitgenossenschaft aus dem Bedürfnis entstanden, einfachere prozessualische Formen zu schaffen, nur dafs eine Vereinfachung für die notwendige Streitgenossenschaft besonders wünschenswert, vielleicht sogar erforderlich erschien. Hierdurch aber

---

[1]) Seuffert a. a. O. § 59, Note 2.

[2]) So auch Hachenburg a. a. O. S. 2.

wird die notwendige Streitgenossenschaft nicht zu einem der gewöhnlichen heterogenen Gebilde.

Eine solche Annahme würde auch der geschichtlichen Entwickelung zuwiderlaufen. Denn, wenn die gemeinrechtliche Doktrin für Fälle, die man heute unter die notwendige Streitgenossenschaft zu subsumieren pflegt, besondere Normen aufstellte, so geschah es, wie wir sahen, nicht einmal, um dieselbe als eine selbständige Art der Streitgenossenschaft zu kennzeichnen. Die norddeutsche Kommission hat zwar „zufällige“ und notwendige Streitgenossenschaft einander gegenübergestellt, aber die letztere immerhin als Abart der ersteren aufgefafst. Auf demselben Standpunkt steht das positive Recht Heifst es in § 59 „oder ist die Streitgenossenschaft . . . eine notwendige“, so soll unter „Streitgenossenschaft“ ein Oberbegriff verstanden werden, welcher jede Streitgenossenschaft gleicherweise in sich schliefst. Unterstützt wird diese Ansicht durcht andere Stellen der C. P. O., wie die §§ 60, 438, wo von Streitgenossen schlechthin die Rede und unbestritten nicht nur an die gewöhnliche Streitgenossenschaft gedacht ist. Notwendige und gewöhnliche Streitgenossenschaft sind folglich Spezien eines Genus[1]). Und nicht nur das, die letztere bildet, wie aus § 58 hervorgeht, selbst den allgemeinen Begriff. Es unterscheidet sich also die notwendige Streitgenossenschaft von der gewöhnlichen nur soweit, als das Gesetz Verschiedenheiten ausdrücklich erwähnt.

§ 2.

Die notwendige Streitgenossenschaft im Verhältnis zur Klagenmehrheit.

Schon die Stellung der notwendigen Streitgenossenschaft als Abart der gewöhnlichen der §§ 56, 57 C. P. O.

---

[1]) Die Ansichten sind hierüber geteilt. Die *communis opinio* hält an der im Text vertretenen fest.

begründet eine gewisse Präsumtion dafür, dafs sie mit der letzteren wenigstens die Grundzüge teilt. Hierzu gehört aber, dafs nicht nur eine Mehrheit von streitenden Personen auf der einen oder anderen Seite, sondern auch eine Mehrheit von Klagen vorliegt. Die einfache Streitgenossenschaft gilt heute so unbestritten als subjektive Klagenkumulation, dafs Lehrbücher und Kommentare beide ohne Begründung einander gleichsetzen [1]). Während man die Klagenhäufung bei ihr trotz der Zusammenfassung der Klagen in einem Schriftstück oder trotz ihres Vorbringens in einem Vortrag unbedingt anerkennt, verneint man sie bei der notwendigen Streitgenossenschaft teils in allen, teils in einzelnen Fällen [2]). Klagenmehrheit bei Streitgenossenschaft ist nun aber gerade das Resultat gewesen, zu welchem sich das gemeine Recht allmählich und mühsam durchgerungen hatte, und das nicht ohne weiteres wieder eingeschränkt zu werden verdient. Die jüngste gemeinrechtliche Doktrin nahm überall, wo sie eine Streitgenossenschaft als vorhanden ansah, Klagenmehrheit an. Keiner ihrer Vertreter hat für die Fälle eine Ausnahme statuiert, welche die heutige gemeine Meinung zu der notwendigen Streitgenossenschaft rechnet [3]).

Die Annahme einer Klagenmehrheit ist aber auch ein Erfordernis, das sich aus dem Wesen des Prozesses ergiebt. Dieser schafft nicht nur ein allgemeines Rechtsverhältnis zwischen allen Prozefsbeteiligten untereinander, sondern auch ein besonderes zwischen den Streitenden. Ein Streitverhältnis besteht zwischen jedem der Streitenden und dem

---

[1]) Diesen Standpunkt vertritt auch das positive Recht. S. Motive S. 79 f. In Bezug auf den Entwurf von 1874 sagt Wach, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 14, S. 343: „Die Streitgenossenschaft d. h. nach dem Entwurf die subjektive Klagenhäufung.“

[2]) Für Einheit der Klage v. Amelunxen a. a. O. S. 23 und Note 1, S. 55 f.

[3]) S. besonders Planck a. a. O. S. 403, 410, 428.

Gegner, so dafs es nicht weniger prozessuale Streitverhältnisse giebt, als sich Personen streiten[1]). Es sind deren so viele, als sich Kläger und Beklagte einander gegenüberstehen, denn jede Person hat ihr eigenes Recht und ihre eigene Verbindlichkeit. Das Streitverhältnis wird begründet durch die Klage. Sie verbindet eine Person mit der andern; denn sie ist ein Verhältnis von Person zu Person. Eine Mehrheit von Streitverhältnissen kann also nur durch eine Mehrheit von Klagen entstehen. Die Klage ist in ihrer prozessualen Bedeutung das geltend gemachte Recht gegen eine individuelle Person. Ihr steht nur eine Personeneinheit wie die juristische Person, nicht aber eine Personeneinheit, wie sie nach heutiger einstimmiger Meinung die notwendige Streitgenossenschaft voraussetzt gleich Mithin ist auch bei dieser um der Mehrheit der streitenden Genossen willen eine Mehrheit von Klagen vorhanden[2]). Diese Regel erleidet keine Ausnahme. Sie wird nicht durchbrochen, wenn die Mehrheit der Streitenden durch einen aufserhalb der Parteiwillkür liegenden Umstand bedingt wird. Stirbt z. B. der Kläger oder Beklagte während des Prozesses mit Hinterlassung mehrerer Erben, so hört die ursprüngliche prozessuale Einheit der Klage auf. An deren Stelle tritt — wie sich infolge der Erbschaft das materielle Rechtsverhältnis in eine Mehrheit spaltet — auch eine Mehrheit

---

[1]) S. Brackenhoeft, Erörterungen über die Materien des allgem. Teils von Lindes Lehrbuch des deutsch. gem. Civilprozesses 1842, S. 280 f.

[2]) Vergl. Wetzell a. a. O. S. 31: „Endlich zeigt sich der Einflufs der *actio* auf das *iudicium* auch darin, dafs wie die *actio* immer ein Verhältnis von Einzelnen zu Einzelnen ist, so auch im *iudicium* nur eine Person die Rolle des Klägers und nur eine die des Verklagten führen kann. Eine Gemeinschaft des Rechtsstreits wäre nur denkbar, wenn es eine Gemeinschaft des Klagerechts gäbe, und eine solche giebt es nicht."

von Klagen, gleichsam durch eine *novatio necessaria*, welche in der nun an die Erben erforderlichen Ladung zum Termine ihren Ausdruck findet [1]).

Eine Mehrheit der Klagen bleibt es selbst dann, wenn die Beziehungen der einen Partei zu jedem der gegnerischen Genossen in allen Stücken übereinstimmen. Eine vollkommene Identität wird dadurch nicht geschaffen, da immerhin die Gegner verschiedene Personen sind und aus der Verschiedenheit ihrer Individualität verschiedene Angriffs- und Verteidigungsmittel entnommen werden können [2]). Bei Mehrheit der Gegner wird also „*eadem res* im vollsten und unbeschränkten Umfange" niemals vorliegen. Darum können wir selbst die einzige Ausnahme, die Wach [3]) macht, nicht anerkennen. Wach nimmt nämlich bei dem Miteigentum an einem Grundstück nur eine scheinbare Kumulation von Servituten- bezw Negatorienklagen an und vergleicht diesen Fall mit dem, in welchem mehrere für die gleiche *actio in solidum* bestellte Prokuratoren *litem* kontestieren. Dabei dürfte aber das übersehen sein, dafs durch die Litiskontestation mehrerer Prokuratoren keine Mehrheit von

[1]) § 217 Abs. 2 C. P. O.

[2]) Wetzell a. a. O. S. 768: „Klagen, welche an verschiedenen Rechtssubjekten haften, haben niemals ganz denselben Ursprung." Aus dem verschiedenen Ursprung ergiebt sich aber die Unmöglichkeit einer Identität der Rechtsverhältnisse der Genossen. — Für Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse infolge der Verschiedenheit der Personen namentlich auch Kohler a. a. O. S. 101, § 109. Der Wortlaut des § 59 ist nicht dagegen, obwohl daselbst von einem Rechtsverhältnis die Rede ist. Denn damit ist das materielle und nicht das formelle Rechtsverhältnis gemeint. Sodann kann man § 59 mit Hachenburg a. a. O. S. 90 so interpretieren, dafs er zunächst auf den Einzelprozefs Bezug hat und dahin zu ergänzen ist: „Kann das streitige Rechtsverhältnis, falls es allein Gegenstand des Rechtsstreits wäre, allen Streitgenossen etc."

[3]) Wach a. a. O. S. 345.

Streitenden gebildet wird. Streitender Teil bleibt allein deren Besteller. Dagegen entsteht eine Mehrheit von Prozefssubjekten, wenn mehrere Miteigentümer in den Prozefs verwickelt sind.

Dafs man bei einzelnen Fällen und gerade bei dem von Wach angeführten so sehr geneigt ist, an nur eine Klage zu denken, ist erklärlich, wenn man partikuläres Recht vor Augen hat. So war es nach der preufsischen A. G.-O. allerdings nicht möglich, bei Auftreten mehrerer Miteigentümer von mehreren Klagen zu sprechen. Das aber einfach deshalb, weil man die Miteigentümer zu einer Einheit, ähnlich einer juristischen Person, zusammenfafste und wie diese behandelte. Wo eine Einheit klagt oder verklagt wird, kann selbstverständlich von einer Klagenmehrheit keine Rede sein. Sofern es noch heute Rechtsverhältnisse giebt, welche mehrere Personen zu einer Einheit zusammenschliefsen, entfällt allerdings die Annahme einer Klagenmehrheit, zugleich aber auch die einer notwendigen Streitgenossenschaft und die Anwendbarkeit des § 59. Der § 59 C. P. O. greift wie jeder andere Paragraph über die Streitgenossenschaft nur Platz, wenn mehrere Prozefssubjekte auf der klagenden oder beklagten Seite stehen. Einer solchen Mehrheit liegt stets eine mehrfache Klage zu Grunde, so dafs auch die notwendige Streitgenossenschaft nirgends ohne Klagenhäufung Bestand haben kann.

§ 3.

Die notwendige Streitgenossenschaft im Verhältnis zur Prozessmehrheit.

Mit der Klagenkumulation wird noch nicht eine Mehrheit der Prozesse behauptet. Solche hängt zunächst von dem ab, was man unter Prozefs versteht. Sieht man auf die äufsere Form, so bedeutet Prozefs die Gesamtheit der prozessualischen Handlungen, welche dieselben Prozefs-

formen miteinander gemein haben [1]). Alsdann bilden einen Prozefs auch mehrere Ansprüche, über welche zusammen in denselben Terminen verhandelt und in denselben Entscheidungen erkannt wird. Hiernach würde sowohl die einfache als auch die notwendige Streitgenossenschaft eine Prozefseinheit ausmachen.

Sieht man dagegen auf den inneren Zusammenhang der Prozefshandlungen, so erscheint der Prozefs als die Form, in welcher ein Streit zwischen zwei Streitenden geschlichtet wird. Danach liegen nicht weniger Prozesse als Rechtsstreite vor, und, weil mehrere Streitverhältnisse nur durch ebensoviele Klagen entstehen können, nicht weniger Rechtsstreite, als Klagen erhoben sind [2]). Mithin bewirkt die notwendige Streitgenossenschaft wie eine Mehrheit von Klagen, so auch eine Prozefsmehrheit [3]). Die gemeinsame Geltendmachung mehrerer Ansprüche von mehreren und gegen mehrere Personen schafft also nur eine formelle Vereinigung. Mehrere Prozesse bleiben es trotz der Verhandlung in einem Termine und trotz der Zusammenfassung in einer Entscheidung. Das Urteil ist, so einfach die Formel auch sein mag, in Wahrheit ein mehrfaches.

Es steht zwar nichts im Wege die Verbindung mehrerer Rechtsstreite zu einem Verfahren als einen Prozefs zu bezeichnen. Wollen wir diesem aber die juristisch allein wichtige Bedeutung beilegen, so müssen wir an der zweiten

---

1) S. Wetzel a. a. O. S. 765.

2) Wetzell a. a. O. S. 763. Er sagt: „Nun ist der Klaganspruch immer ein einfaches Recht, selbst wenn er aus dem kompliziertesten Rechtsverhältnis hervorgeht; er kann zwar mehrere Objekte, nicht aber mehrere auch für sich verfolgbare Klagen zusammenfassen. Es mufs sich daher auch jeder Rechtsstreit auf einen einzelnen Anspruch beschränken."

3) S. namentlich Planck a. a. O. S. 428; S. 429: „Die Verbindung ist ja nur Verschmelzung der äufseren Form."

festhalten. Der aus mehreren Rechtsstreiten zusammengesetzte Prozefs stellt also eine Mehrheit von Prozessen dar. Hiervon giebt es weder für die Streitgenossenschaft überhaupt noch für eine ihrer Arten eine Abweichung. Dies erhellt schon daraus, dafs eine Streitgenossenschaft auch aus Prozessen entsteht, die selbständig zu verschiedenen Zeiten eingeleitet und durch Gerichtsbeschlufs verbunden sind [1]). Mag die Verbindung durch richterliche Anordnung oder durch Willkür der Parteien, bei Beginn des Verfahrens oder später erfolgt sein, sie an sich bewirkt keine Verschmelzung zu einem Prozefs. Denn es genügt ein blofser Gerichtsbeschlufs, um die Vereinigung aufzuheben [2]). Die Befugnis dazu hat das Gericht nicht nur bei der einfachen, sondern auch bei der notwendigen Streitgenossenschaft. Bei letzterer wird eine Trennung selten sein, da sie meist nicht im Interesse der Sache liegen dürfte, aber verboten ist sie nirgends.

Wo nun durch ein äufseres Moment wie durch den Gerichtsbeschlufs eine Trennung und damit eine Auflösung in mehrere selbständige Verfahren jeden Augenblick möglich ist, da kann die Verbindung keine so enge sein, dafs während ihrer Dauer nur ein Prozefs vorhanden wäre. Eine Bestätigung giebt das positive Recht in dem Wortlaut des § 138: „Das Gericht kann die Verbindung mehrerer bei ihm anhängiger Prozesse derselben oder verschiedener Parteien zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung anordnen, wenn die Ansprüche, welche den Gegenstand dieser Prozesse bilden, in recht-

[1]) § 138 C. P. O. Dafs durch die vom Richter angeordnete Verbindung eine Streitgenossenschaft entsteht, ist allerdings bestritten. Dafür die Motive S. 80, 136. Bolgiano, Handbuch des Reichscivilprozefsrechts, S. 153 f. Reincke, Die deutsche Civilprozefsordnung, § 138, Note 3. Wach a. a. O. S. 344.

[2]) § 136 C. P. O.

lichem Zusammenhang stehen oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können." Diese Worte beziehen sich aufser auf die objektive auch auf die subjektive Klagenkumulation, also auf die Streitgenossenschaft, und schliefsen die notwendige Streitgenossenschaft nicht aus. Der Ausdruck „zum Zweck der gleichzeitigen Verhandlung etc." besagt, dafs an eine Verschmelzung zu einem Prozesse nicht gedacht ist. Sonst wäre er „unnötig oder anders zu wählen gewesen"[1]). Dasselbe ergiebt sich positiv aus § 272, Abs. 2 C. P. O., der mehrere Endurteile für den Fall anordnet, „wenn von mehreren zum Zweck gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung verbundenen Prozessen der eine zur Endentscheidung reif ist". Der Gebrauch der gleichen Worte wie in § 138 C. P. O. weist deutlich darauf hin, dafs in § 272, Abs. 2 die Verbindungen des § 138 C. P. O. gemeint sind. Und doch behandelt der Gesetzgeber jede derselben als eine Mehrheit von Prozessen[2]).

Gegen die klare Ausdrucksweise des Gesetzes hat das Reichsgericht[3]), gestützt auf die Motive, sich für eine Prozefseinheit im Fall des § 138 C. P. O. entschieden, weil durch ihn eine objektive und subjektive Klagenkumulation hergestellt und durch den verbindenden Gerichtsbeschlufs das ersetzt werden solle, „was der Kläger sachgemäfs hätte thun sollen". Die stillschweigende Voraussetzung bei dieser Argumentation ist die, dafs die gemeinschaftliche Klage-

---

[1]) v. Wilmowski-Levy a. a. O. § 138, Note 2.

[2]) Gaupp, Die Civilprozefsordnung für das deutsche Reich, § 138, Note 3: „Die Wirknng der angeordneten Verbindung hesteht nicht in einer Vereinigung der mehreren Prozesse zu einem Prozefs, sondern nur in der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung unter Aufrechterhaltung ihrer rechtlichen Besonderheit.

[3]) Reichsgerichtsentsch. vom 11. Febr. 1882. Entsch Bd. II, S. 416.

erhebung von mehreren oder gegen mehrere Personen nur eine Prozefs**einheit** zulasse. Wir haben aber gesehen, dafs die Voraussetzung nicht zutrifft[1]). Sind im Gesetz Verbindung mehrerer Klagen durch Gerichtsbeschlufs und Zusammenfassung derselben seitens des Klägers einander gleichgestellt, so mufs man umgekehrt schliefsen, dafs das Gesetz, weil es im ersteren Fall auf eine Prozefsmehrheit hinweist, diese auch im letzteren annimmt. Bei der erst durch Gerichtsbeschlufs entstandenen Streitgenossenschaft mufs aber **ebenso** wie bei der auf Parteiwillkür beruhenden eine Prozefs**mehrheit** angenommen werden, da dieser das innere Wesen des Rechtsinstituts betreffende Umstand nicht davon abhängen kann, ob die Partei die Verbindung selbst vornimmt oder auf Antrag durch Gericht vornehmen läfst.

Abschnitt II.

Die Voraussetzungen des § 59 C. P. O.

Kapitel I.

Allgemeine Voraussetzungen.

§ 1.

Beginn und Dauer der notwendigen Streitgenossenschaft.

Die notwendige Streitgenossenschaft setzt wie die nichtnotwendige eine Vereinigung der Genossen und einen Rechtsstreit voraus.

Die Ansicht, welche in der Streitgenossenschaft eine materiell rechtliche Vereinigung erblickte, gilt heute als

[1]) Eine Prozefsmehrheit bei **notwendiger** Streitgenossenschaft nehmen auch an: **Hachenburg** a. a. O. S. 2. **Kohler**, Der Prozefs als Rechtsverhältnis S. 102. A. M. v. **Amelunxen** a. a. O. S. 55.

überwunden [1]) Die notwendige Streitgenossenschaft ist eine prozessuale Verbindung. Daraus folgt, dafs sie nicht existiert vor Beginn des Prozesses. Die Verständigung mehrerer Kläger über die gemeinsame Klaganstellung fällt also aufserhalb ihres Rahmens [2]).

Zur Streitgenossenschaft gehört ein Streit. Es entsteht keine Streitgenossenschaft, wenn es nicht zum Streit kommt.

Die Kläger beginnen ihn mit der Klagerhebung. Durch diese erhalten die Beklagten zwar schon eine gewisse prozessualische Stellung. Aber es ist nicht nötig, dafs sie den Streit aufnehmen. Kämen sie sofort aufsergerichtlich dem klägerischen Anspruch nach, so fehlte es an dem Objekt, um welches gestritten werden könnte. Mithin nimmt die Streitgenossenschaft nicht vor der Einlassung des Beklagten ihren Anfang. Diese mufs sich manifestieren in einer prozessualen Erklärung, sei es in der Klagebeantwortung, sei es in einer Einwilligung in die Klagänderung oder in einer anderen Erklärung. Hierdurch wird der frühest mögliche Zeitpunkt bezeichnet, zugleich aber auch der thatsächliche Beginn. Mehr als Einlassung in den Streit ist für die Existenz der Streitgenossenschaft nicht erforderlich. Keinesfalls bedarf es der Einlassung in die Hauptsache.

Dies gilt in gleicher Weise für beide Arten der Streitgenossenschaft. Etwas Besonderes für die notwendige festzusetzen, liegt deshalb kein Grund vor, weil sie mit der andern das Wesen teilt und über ihren Anfang eine Abweichung im Gesetz nicht vorgesehen ist.

---

[1]) So auch v. Amelunxen a. a. O. S. 7.

[2]) Auf Grund seiner Theorie von der Societät der Streitgenossenschaft, hatte insbesondere Martin, Magazin a. a. O. S. 50 auch hierfür schon Streitgenossenschaft behauptet. Dagegen Brackenhoeft a. a. O. S. 283, Note 12.



Hachenburg behauptet nun, dafs in der Verhandlung über die Prozefsvoraussetzungen kein Raum für die notwendige Streitgenossenschaft sei[1]). Hierfür macht er geltend, dafs eine prozefshindernde Einrede des eines Beklagten den andern nicht berühre, und dafs jeder Kläger für seine Person die Klage zurücknehmen könne. Angenommen, beide Sätze beruhten auf Wahrheit, so würden sie doch nichts beweisen. Denn der erstere vermöchte es nur, wenn bei der notwendigen Streitgenossenschaft alle Handlungen des einen Beklagten auf die des anderen Einflufs hätten. Das aber ist, wie später gezeigt werden wird, nicht der Fall. Was die Zurücknahme der Klage anlangt, so ist sie keine Handlung, welche dem Stadium der prozefshindernden Einrede eigentümlich ist. Sie kann vor- und nachher geschehen.

Einen Unterschied zwischen dem Verfahren über prozefshindernde Einreden und dem übrigen Verfahren zu machen, ist aber schon um deswillen unstatthaft, weil jenes kein Vorprozefs ist, sondern ein, wenn auch formell abschliefsendes Stück des Gesamtprozesses[2]). Denn in einer prozefshindernden Einrede, wie z. B. der der Unzuständigkeit des Gerichts wird der geltend gemachte Anspruch bestritten. Es wird mit ihr die Berechtigung verneint, die Klage so zu erheben, wie sie erhoben ist. Demnach müssen wir die notwendige Streitgenossenschaft auch schon für jenen ersten Teil der Verhandlung annehmen.

Sie dauert vom Beginn des Streites bis zu seiner Beendigung Zieht sich der Prozefs in eine obere Instanz, so ist nicht gesagt, dafs alle Genossen weiter prozessieren. Die Thatsache des Zusammenstreitens in der unteren Instanz

---

[1]) **Hachenburg** a. a. O. S. 41 f.

[2]) A. M. Die *communis opinio* auf Grund der mifsverständlichen, aber von den Motiven S. 193 aufgenommenen Einteilung der mündlichen Verhandlung in Vor- und Hauptverfahren.

bewirkt an sich noch keine Fortsetzung in der oberen [1]). Sie unterbleibt, soweit sich die Genossen bei dem früheren Urteil beruhigen.

§ 2.

Die beiden Arten der notwendigen Streitgenossenschaft.

Die Streitgenossenschaft ist nach positivem Recht eine notwendige:

1) wenn das streitige Rechtsverhältnis nur einheitlich festgestellt werden kann oder

2) die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige ist.

Bei unbefangener Betrachtung scheinen damit zwei verschiedene Arten aufgestellt zu sein. Dies wird aber nach doppelter Richtung hin angezweifelt. Einerseits soll stets auch da, wo die Streitgenossenschaft geboten ist, das Rechtsverhältnis nur einheitlich festgestellt werden können [2]). Dann hätte aber der Gesetzgeber mit der zweiten Voraussetzung Überflüssiges gesagt. Andererseits soll die notwendige Streitgenossenschaft stets die Notwendigkeit gemeinsamen Eintritts in den Prozefs voraussetzen [3]). Danach würde eine Inkorrektheit in der ersten Voraussetzung liegen. Um diese unter einen einheitlichen Begriff der notwendigen Streitgenossenschaft zu bringen, hat man sich die erdenklichste Mühe gegeben, ohne dafs es aber gelungen wäre, eine befriedigende Lösung zu finden. Den bisherigen Versuchen gegenüber glaubt Hellmann einen glücklicheren an die Stelle

---

[1]) Seuffert a. a. O. § 59, Note 4 c. v. Wilmowski-Levy a. a. O. § 59, Note 4.

[2]) So v. Amelunxen a. a. O. S. 50, 53, 56.

[3]) So Fitting, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 61, S. 415 f.

setzen zu können[1]. Er geht davon aus, dafs da, wo die Feststellung eine notwendig einheitliche sei, jeder Berechtigte und Verpflichtete allein klagen bezw. verklagt werden und demgemäfs eine verschiedene Entscheidung erhalten könne. Um nun die Möglichkeit verschiedener Entscheidungen auszuschliefsen, sei es notwendig, dafs zusammen geklagt bezw. verklagt werde. Abgesehen von der Richtigkeit der hier noch nicht zu erörternden Prämisse, kann man Hellmann nicht beistimmen, da dann nicht Rechtsgrundsätze, sondern Zweckmäfsigkeitsrücksichten die gemeinsame Prozessierung gebieten würden Die Notwendigkeit in diesen Fällen und in denen der zweiten Voraussetzung würde eine grundverschiedene sein. Denn bei der letzteren ist an einen wirklichen Zwang durch das Gesetz gedacht. Die Subsumtion unter jenen einheitlichen Begriff ist darum ungerechtfertigt.

Alle derartige Versuche werden aber überhaupt vergeblich sein, wenn sie die beiden Voraussetzungen des § 59 aus einem der in ihm verwerteten Begriffe erklären sollen.

Es sind eben in § 59 zwei verschiedene Arten aufgestellt. Wer das leugnet, verkennt seine Vorgeschichte. Diese hat uns gezeigt, dafs seine Fassung den beiden Ansätzen zur notwendigen Streitgenossenschaft entspricht, welche das gemeine Recht entwickelt hatte. Beide sind aber ebenso verschieden, wie die Notwendigkeit mit andern gemeinsam in den Prozefs eintreten und die Notwendigkeit, ihn mit denjenigen Personen verbunden durchzuführen, mit denen man nun einmal zusammen im Prozefs steht.

Hier wie dort handelt es sich um eine Nötigung durch das Gesetz. Es ist deshalb der Ausdruck „notwendige Streitgenossenschaft“ für beide Fälle berechtigt, und es ist

---

[1]) **Hellmann**, Zeitschrift für deutschen Civilprozefs, Bd. 17, S. 2 ff.

kein Grund vorhanden, ihn auf den zweiten zu beschränken [1]). Dies braucht auch nicht um den Preis zu geschehen, daſs man den Worten „aus einem sonstigen Grunde“ eine künstliche Interpretation giebt, wie sie Fitting und Hellmann [2]) vorschlagen. Sie haben einfach den Zweck zwei Arten mit einander zu verbinden, welche beide in gleicher Weise auf einem Zwang durch das Gesetz beruhen.

Sind es nun zwei verschiedene Arten der notwendigen Streitgenossenschaft, welche der § 59 erwähnt, so bilden sie doch nicht zwei völlig getrennte Gebiete. Manchen Fällen werden wir bei beiden begegnen. Immerhin aber scheiden sie sich begrifflich scharf von einander, so daſs mit der einen Art noch nicht die andere bestimmt ist [3]).

---

[1]) Dies will z. B. Seuffert a. a. O. § 59, Note 3.

[2]) Fitting a. a. O. S. 416 meint, man müsse die Worte „aus einem sonstigen Grunde“ im Sinne eines auſserhalb der C. P. O. liegenden Grundes d. h. als gleichbedeutend mit „nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes“ verstehen. Hellmann a. a. O. S. 3 glaubt, § 59, Satz 1, enthalte eine Breviloquenz, die in der Weise aufzulösen wäre, daſs man hinter den Worten „festgestellt werden“ ergänzen müſste: „und ist aus diesem Grunde die Bildung einer Streitgenossenschaft zur Vermeidung divergierender Entscheidungen notwendig“. Alsdann würde sich der Satz „oder aus einem sonstigen Grunde ohne Zwang“ anfügen. Beide Vorschläge sind willkürlich und werden gegenstandslos, sobald man davon absieht als „notwendige Streitgenossenschaft“ nur diejenige zu bezeichnen, bei welcher der gemeinschaftliche Eingang in den Prozeſs ein notwendiger ist.

[3]) Einen begrifflichen, wenn auch nicht einen thatsächlichen Unterschied nahm Seuffert a. a. O. 3. Aufl. 1886, § 59, Note 4 an. Zwei verschiedene Arten sieht in dem § 59 Warmuth, Zeitschrift für Civilprozeſs, Bd. I, S. 508.

Kapitel II.

Die Streitgenossenschaft bei Notwendigkeit einheitlicher Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses.

Unterabteilung I.

Die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung in Rücksicht auf die Gleichheit der Handlungen der Genossen.

§ 1.

Die Notwendigkeit gemeinschaftlichen Handelns.

Wollen wir das Wesen der ersten Art notwendiger Streitgenossenschaft prüfen, dürfen wir nicht vergessen, dafs eine Streitgenossenschaft lediglich bei Klagen- und bei Prozefsmehrheit möglich ist. Demgemäfs kann unter der Notwendigkeit einheitlicher Feststellung nicht die Notwendigkeit einer einzigen, sondern nur einer gleichheitlichen Feststellung verstanden werden. Sie ist also die Notwendigkeit, die Sache des einen Genossen genau so zu beurteilen wie die des andern[1]). Dies kann entweder in Rücksicht auf das Ende des Prozesses, die Entscheidung, oder schon in Rücksicht auf das ihr vorausgehende Verfahren geboten erscheinen.

Bei der letzteren Möglichkeit wird die einheitliche Feststellung durch die Gleichheit der prozessualischen Hand-

---

[1]) Notwendigkeit einer Feststellung nimmt v. Amelunxen a. a. O. S. 58 an, vermag aber Notwendigkeit einer und gleicher Feststellung nicht genügend auseinander zu halten, so S. 22 f. und 61 ff. Hachenburg a. a. O. S. 2 f, S. 91 teilt die im Text vertretene Ansicht: „Man wird vergebens in allen Gesetzen des deutschen Reiches nach einer Vorschrift suchen, dafs bei gemeinsamem Prozesse über mehrere Rechtsverhältnisse nur ein Erkenntnis ergehen dürfe“.

lungen der Streitgenossen bedingt[1]). Die Form, in der sich dieselben äufsern, ist dabei nicht weiter von Belang. Es entscheidet zunächst das materielle Recht, ob und wann gleiches Handeln notwendig ist.

Die Gleichheit kann nun auf Gemeinschaftlichkeit oder auf blofser Übereinstimmung der Handlungen beruhen.

Das erstere ist die Folge gemeinschaftlicher Disposition über den Streitgegenstand.

Eine solche nahm die norddeutsche Kommission bei Unteilbarkeit des Streitobjekts an[2]). Obwohl die Unteilbarkeit des Gegenstandes der Kern ist, an den sich die Lehre von der notwendigen Streitgenossenschaft angesetzt hat, geht doch die heute herrschende Meinung dahin, dafs sie keine notwendig einheitliche Feststellung und mithin keine notwendige Streitgenossenschaft begründet[3]). Nach geltendem Recht wird nicht auf den dem Interesse entsprechenden Geldbetrag, sondern auf die unteilbare Leistung selbst verurteilt. Darum wird die ganze Sache jedem Berechtigten zugesprochen. Hierfür macht es keinen Unterschied, ob die Unteilbarkeit eine faktische oder juristische, und ob die Mehrheit der Berechtigten bezw. Verpflichteten eine ursprüngliche oder im Lauf des Prozesses z. B. durch Erbgang entstanden ist[4]). Wird jedem Berechtigten das

---

[1]) Die Frage nach der notwendig gemeinschaftlichen Durchführung des Prozesses deckt sich nicht mit der nach der notwendig gemeinschaftlichen Klageerhebung bezw. Verklagung. „Die erste kann sehr gut verneint und doch die zweite bejaht werden.“ Planck a. a. O. S. 398.

[2]) Protokolle S. 636 ff. Diese widerlegen auch die Motive zum Entwurf von 1874 S. 82, wonach zunächst an die Fälle gedacht sei, „in denen mehrere Personen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, obgleich jedem einzelnen die Vertretung rücksichtlich des streitigen Rechtsverhältnisses *in solidum* zusteht“.

[3]) S. z. B. v. Wilmowski-Levy a. a. O. § 59, Note 1.

[4]) S. Wetzell a. a. O. S. 834 f.

Ganze zuerkannt, so kann auch jeder selbständig auf das Ganze klagen, und jeder Verpflichtete allein auf das Ganze belangt werden. Ob der Genosse, wenn er allein auftritt, den übrigen Sicherheit zu leisten hat, ist eine innere Angelegenheit, welche ihm die Unabhängigkeit seiner Handlungen von denen der Genossen nicht nimmt. Diese Selbständigkeit geht nicht durch den gemeinsamen Eintritt in den Prozefs verloren. Denn die Thatsache des Prozesses ändert nichts an dem civilen Rechtsverhältnis, das unter den Genossen besteht Mithin kann auch während des Prozesses der Einzelne über seine ***pars pro in diviso*** beliebig verfügen [1]).

Nichts anderes gilt für die beiden wichtigsten Spezien der Obligation auf einen unteilbaren Gegenstand, für die Solidar- und die Korrealobligation. Die erstere wird regelmäfsig als eine, wenn auch nur formale Mehrheit von Obligationen angesehen, so dafs jede derselben von den einzelnen Berechtigten und Verpflichteten selbständig vertreten wird [2]).

Für die Korrealobligation ist die Mehrheitstheorie zwar gleichfalls vertreten [3]), aber es überwiegt da wohl noch die Keller-Ribbentropsche Lehre von der Einheit der Obligation mit mehrfacher subjektiver Beziehung. Auf den Meinungsunterschied näher einzugehen, ist hier nicht am Platz. Der Unterschied ist aber auch nicht weiter von Belang. Denn selbst nach der letzteren Ansicht ist jeder Mitkontrahent in seiner Dispositionsbefugnis von dem anderen unabhängig [4]). Haben aber mehrere Gläubiger zusammen Klage gestellt,

---

[1]) S. Planck a. a. O. S. 401.

[2]) Windscheid, Lehrbuch der Pandekten, § 292 a. E.; § 298 und Note 3.

[3]) S. die Zitate bei Windscheid a. a. O. § 293, Note 1.

[4]) Windscheid a. a. O. §§ 293, 298. Wetzell a. a. O. S. 31.

oder ist diese gegen mehrere Genossen gerichtet, so ist, wie allgemein anerkannt wird, weder das Solidar- noch das Korrealverhältnis ein Hinderungsgrund in der Freiheit der Handlungen des einzelnen [1]).

Die norddeutsche Kommission nahm aufser bei Unteilbarkeit des Objekts bei gewissen Gemeinschaftsverhältnissen Notwendigkeit gemeinschaftlicher Disposition an [2]).

Gemeinschaftsverhältnisse entstehen entweder durch die Natur des gemeinsamen Rechts oder die Art der Vereinigung. Zu der ersten Kategorie zählte die Kommission die Miterbschaft und das Miteigentum.

Was die Miterbschaft des gemeinen Rechts anlangt, so steht dieses auf dem Standpunkt, dafs bei vorhandener Möglichkeit reeller oder ideeller Teilung der Erbschaftssache jeder Erbe des Gläubigers auf seinen Anteil allein zu klagen befugt sei, und dafs jeder Erbe des Schuldners auf seinen Anteil allein verklagt werden könne. Bei Unmöglichkeit einer Teilung sollen aber die Erben solidarisch in die ihnen zufallenden Obligationen eintreten [3]). Der Erbe des Gläubigers wie des Schuldners ist also in allen Fällen unabhängig von seinem Miterben.

Man führt nun an, dafs der Miterbe wenigstens in einem einzelnen Fall beschränkt sei. Der Erbe des Käufers könne nämlich nicht allein zwischen der *actio quanti minoris* und der *actio redhibitoria* wählen. Wolle er die letztere anstrengen, bedürfe es der Zustimmung der Miterben [4]). Angenommen dies träfe zu, so würde es doch — was für uns hier allein von Wichtigkeit ist — die Dispositionsbefugnis

---

[1]) S. z. B. Wach a. a. O. S. 348. Seufferts Archiv, Bd. 40, S. 226.

[2]) Protokolle S. 636.

[3]) Windscheid a. a. O. § 608, Note 1. Wetzell a. a. O. S. 834.

[4]) *L. 31, § 5. D. de oed. ed. et red. 21, 1.*

nach Einleitung des Prozesses gar nicht berühren. Es beweist also nichts für die Freiheit seines Handelns während derselben.

Die Anschauung des römischen Rechts ist von dem Entwurf eines Allgem. bürgerl. Gesetzbuchs adoptiert[1]. Nach ihm gehen die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers *ipso jure* auf die Erben ihren Erbschaftsquoten entsprechend über. Jeder Erbe kann über seinen Anteil selbständig verfügen und haftet demgemäfs für jede Erbschaftsschuld. Da die aufserhalb des Prozesses begründete freie Disposition des einzelnen nicht durch den Prozefs wieder ihr Ende finden kann, so macht auch vom Standpunkt des bürgerlichen Gesetzbuchs die Prozefsführung bei der Miterbschaft eine gleiche Feststellung für alle Genossen nicht notwendig.

Dasselbe gilt von einer Reihe von Partikularrechten. So giebt insbesondere der *code civil* dem einzelnen Erben in Bezug auf seinen Anteil alle Rechte, die überhaupt dem Erben zukommen[2]. „Er kann daher, während die Erbschaft noch ungeteilt ist, seinen Anteil von einer zum Nachlafs gehörigen Liegenschaft vindizieren und ebenso eine zum Nachlafs gehörige Forderung *pro rata sua* herbeitreiben“[3]. Die sämtlichen Miterben handeln erst, wenn die Auflösung der Miterbschaft in Frage kommt.

Die Miterbschaft des preufsischen Rechts weicht vielfach von der des gemeinen Rechts ab[4]. Es cessiert hier der Grundsatz *nomina sunt ipso iure divisa.* Die Erbschafts-

---

[1]) Entwurf, 1. Lesung 1888, §§ 2151, 2051 ff.

[2]) *Code civil* Art. 815 ff., 843 ff., 870 ff.

[3]) Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des franz. Civilrechts, herausgegeben von Puchelt, 6. Aufl., Bd. 4, S. 120.

[4]) Für das Folgende Dernburg, Lehrbuch des preufs. Privatrechts, Bd. 3, § 238 und Förster-Eccius, Preufsisches Privatrecht, 6. Aufl., § 271.

sachen fallen nicht zu Quoten an die Miterben. Der gesamte Nachlafs bildet eine geschlossene Masse, die im Miteigentum der Erben steht. Miteigentümer sind diese nach Verhältnis ihrer Erbquoten. Über seine Erbquote kann jeder frei verfügen und daher seinen Anteil veräufsern und verpfänden [1]). Insofern kann von gemeinschaftlichem Handeln auch nirgends im Prozefs die Rede sein. Da nun der Nachlafs als eine gemeinschaftliche Sache den Erben gehört, so ist eine einseitige Disposition über die Erbschaftsstücke nicht möglich. Daraus folgt aber nicht die Notwendigkeit gemeinsamen prozessualischen Handelns. Sie folgt auch nicht aus der erst später zu untersuchenden Notwendigkeit gemeinsamen Eintritts in den Prozefs. Werden Erbschaftssachen von den Miterben oder gegen dieselben in Anspruch genommen, so wird ein Stück eines einzigen Objekts, nämlich des Nachlasses, begehrt. Die Einheit und damit Unteilbarkeit des Objekts bewirkt, dafs die Miterben als Angehörige eines unteilbaren Rechtsverhältnisses erscheinen Mag man dieses wie Suarez [2]) mit der Korreal- oder der Solidar- oder der blofs unteilbaren Obligation vergleichen, immer ist es ein Rechtsverhältnis, das wie bei jeder dieser Obligationenarten die Selbständigkeit den Erben nicht nimmt. Nirgends ergiebt sich aus der Miterbschaft an sich, dafs zur Gültigkeit einer prozessualischen Handlung ein Zusammenwirken der Erben nötig sei. Der Verzicht eines Erben wird durch das Dasein eines zweiten Erben beeinflufst.

Siegt dieser, so fällt die ganze Sache trotz des Verzichtes des Miterben der Erbschaft zu. Denn wenn jener auch nur zu $1/4$ Erbe wäre, so kann er nicht durch diesen

[1]) Letzteres ist bestritten, Förster-Eccius a. a. O. § 271, Note 37.

[2]) S. die Anführungen bei Förster-Eccius a. a. O. 4. Aufl., Bd. IV, 2, S. 624.

in seinem Rechte beschränkt werden. Sein Recht geht aber dahin, dafs die Sache zur Erbschaftsmasse zugeschlagen wird, nicht dahin, dafs er die Sache zu seiner Quote erhält, da die preufsische Miterbschaft einen Quotenteil an der einzelnen Sache nicht kennt Dem Gegner des Miterben bleibt also die Sache nur dann, wenn er die Ansprüche aller Miterben abzuwehren imstande ist. Dennoch ist der Verzicht des einzelnen nicht etwa bedeutungslos. Er ist insofern erheblich, als damit einer der Gegner ausscheidet und der Beklagte einen Streiter weniger zu bekämpfen hat.

Die andere wichtige Gemeinschaft ist das Miteigentum. Im gemeinen Recht gilt es als wirkliches Eigentum[1]). Der Miteigentümer ist daher berechtigt, über seinen Teil zu schalten und zu walten, wie er will. Er kann ihn veräufsern, verpfänden, vindizieren, mit einer Personalservitut belasten, nur über die Substanz der Sache darf er nicht allein disponieren. Gemeinschaftliche Verfügung ist zwar auch in dieser Beziehung nicht nötig, aber die Verfügung des einzelnen kann nicht realisiert werden, wenn der andere damit nicht einverstanden ist. Bei der Bestellung einer Prädialservitut wird man zwischen der Servitut zu Gunsten und zu Lasten des gemeinschaftlichen Grundstücks unterscheiden müssen. Der einseitigen Bestellung der ersteren steht nichts im Wege. Denn jeder einzelne Miteigentümer kann der gemeinschaftlichen Sache eine Zuwendung machen, die dem anderen Miteigentümer auch zu gute kommt, ohne dafs dieser bei der Zuwendung mitwirkt[2]). Die Bestellung der Servitut zu Lasten des gemeinschaftlichen Grundstücks würde dagegen das Grundstück nicht blofs zu dem ideellen Teil des Be-

[1]) Windscheid a. a. O. § 169 a, insbesondere Note 5.

[2]) Das wäre eine Analogie zur Schenkung, für die es nach verbreiteter Ansicht ja nicht einmal der Annahme des Beschenkten bedarf. S. Savigny, System IV, § 160,

stellers, sondern in der Gesamtheit beschweren. Es würde dadurch das ganze Grundstück eine Einbufse erleiden, indem mindestens der Wert desselben verringert würde. Über das Grundstück in seiner Gesamtheit kann der einzelne Miteigentümer aber nicht verfügen, weil er damit auch fremdes Eigentum, nämlich das die ganze Sache umfassende Miteigentum des Genossen, beeinträchtigen würde.

Doch kann auch daraus nicht die Notwendigkeit prozessualisch gemeinschaftlicher Handlung und einheitlicher Feststellung hergeleitet werden. Denn wer die Bestellung einer Prädialservitut erstreiten will, der mufs wohl beide Miteigentümer des zu belastenden Grundstücks besiegen. Diese brauchen ihm aber nicht gemeinschaftlich gegenüber zu treten. Er unterliegt schon, wenn der eine Gegner, während der andere anerkennt, mit einer Einrede durchdringt. Jeder handelt selbständig und unabhängig von dem anderen, schon deshalb, weil jeder das ganze Grundstück zur Hälfte vertritt. Nicht stehen dem Kläger zwei Eigentümer *in solidum* gegenüber.

Den römisch rechtlichen Begriff des Miteigentums hat der Entwurf zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch in beiden Lesungen nicht nur beibehalten, sondern ihn noch dadurch zugespitzt, dafs er sogar die Belastung eines Anteils am Grundstück gestattet[1]. „Der Gedanke der Gemeinschaft ist aus diesem Miteigentum bis auf den Grund getilgt" [2].

Ebenso wird im *code civil* jeder Miteigentümer als wirklicher Eigentümer seines Anteils angesehen[3]. Hieran hat

[1]) Entwurf 1. Lesung, § 946 ff.; 2. Lesung, § 920.

[2]) Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht 1889, S. 351.

[3]) Vergl. Artikel 1686 ff. Einen besonderen Titel über das Miteigentum enthält das Gesetzbuch sowenig wie über die Miterbschaft.

er alle Rechte des Eigentümers, „sodafs er bei der Ausübung derselben an die Zustimmung der übrigen Miteigentümer nicht gebunden ist“ [1]). Von einem notwendig gemeinschaftlichen Handeln ist auch hier nirgends die Rede.

Nur die preufsische Auffassung des Miteigentums weicht — wenigstens nach der früher herrschenden Ansicht — vom gemeinen Rechte ab. Die ältere Ansicht ist in den Vorarbeiten zu unserem § 59 vertreten und besteht darin, dafs das preufsische Miteigentum ein korporatives Element enthalten soll. Darum wird es als *„universitas“* bezeichnet [2]). Begründen sollte dieselbe der Umstand, dafs die Verfügung über die gemeinschaftliche Sache nach Mehrheitsbeschlufs erfolgt [3]). Für sie liefse sich noch die häufige Gleichstellung mit der juristischen Person in der Allgemeinen Gerichtsordnung anführen [4]) Wäre sie richtig, so würde aber das Miteigentum eine über dem einzelnen Miteigentum stehende Einheit ausmachen. Handeln, klagen und verklagt werden könnte dann nur diese Einheit, die Feststellung für und wider die zu ihr gehörenden Eigentümer müfste wohl in gleicher Weise geschehen, da die einzelnen Genossen nur Vertreter jener Einheit sind, aber der Begriff der notwendigen Streitgenossenschaft würde entfallen, weil es an der Mehrheit der handelnden Subjekte fehlt.

In neuerer Zeit hält man das Miteigentum des allgem. Landrechts wie das römische für wirkliches Miteigentum [5]).

---

[1]) Zachariä v. Lingenthal a. a. O. Bd. 1, S. 512.

[2]) z. B. Protokolle a. a. O. S. 125 f.

[3]) A. L.-R. I, Tit. 17, §§ 18, 21, 22. Löher, System des preufs. Landrechts, S. 218.

[4]) z. B. Allgem. Gerichtsordnung Titel 5, § 4 Nr. 7.

[5]) Förster-Eccius a. a. O. 6. Aufl., Bd. III, S. 308, mit Beziehung auf Göppert, Beiträge zur Lehre vom Miteigentum nach dem preufs. A. L.-R. Auch die Stelle Teil I, Tit. 8, § 18, wonach die mehreren Miteigentümer als eine Person zu betrachten

Dies wird gegen die Theorie von korporativem Miteigentum damit begründet, dafs der Miteigentümer einen Idealanteil an der gemeinschaftlichen Sache habe, solcher ihm aber bei korporativem Eigentum nicht zukomme. „Dieser Idealanteil sei sein besonderes im wesentlichen auch unabhängiges Eigentum“[1]). Pflichtet man dem bei, so entfällt auch nach dieser Theorie die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung für die streitenden Miteigentümer[2]).

Noch einer besonderen Art des Miteigentums, die man auch für das preufsische Recht in Anspruch genommen hat, haben wir zu gedenken, des sog. Gesamteigentums des deutschen Rechts[3]). Versteht man darunter ein unbeschränktes Eigentum mehrerer an derselben Sache, so müssen wir seine rechtliche Existenz in Abrede stellen. Denn ein *dominium plurium in solidum* ist ein logisches Unding[4]). Soll damit aber ein Eigentumsverhältnis mehrerer

---

sind, soll nicht beweisen, „dafs das Landrecht sie zu einem, von den einzelnen verschiedenen Rechtssubjekt machen wollte“. Sie soll lediglich den Fall des geteilten Eigentums betreffen, und die Obereigenen nur im Verhältnis zu den nutzbaren Eigentümern als eine Person erscheinen lassen. S. ebenda S. 309 f. und Note 15.

[1]) Förster-Eccius a. a. O. 4. Aufl., Bd. III, S. 315.

[2]) Wir haben nur die früher und die jetzt herrschende Ansicht angeführt. Nach anderen ist das preufsische Miteigentum Gesamteigentum, so z. B. Löher a. a. O. S. 218 f., oder ein Mittelding zwischen Gesamteigentum und wirklichem Miteigentum, so z. B. Koch, Lehrbuch des preufs. gem. Privatrechts, 3. Aufl., Bd. I, S. 467, auch Heydemann, Einleitung in das System des preufs. Civilrechts, Bd. I, S. 406. Vergl. Förster-Eccius a. a. O. 6. Aufl., Bd. III, S. 307 f.

[3]) S. für das Folgende: Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. II., Abt. 1, § 82.

[4]) Vergl. Förster-Eccius a. a. O. S. 191 und Note 29. Stobbe a. a. O. S. 74. S. bei letztern auch die Widerlegung deren Ansicht, welche in dem Gesamteigentum sowohl Eigentum der Gesamtheit als der einzelnen erblickt.

an demselben Gegenstand derart gemeint sein, dafs das Verfügungsrecht den einzelnen nicht nach Quoten, sondern nur allen insgesamt zusteht, so ist es sehr wobl rechtlich möglich [1]. Durch ein solches Gesamteigentum entsteht kein neues Rechtssubjekt wie bei der Korporation. Während deren Rechte verschieden sind von denen der Gesamtheit ihrer Mitglieder, entsteht das Gesamteigentum gerade aus den in eins zusammenfliefsenden Rechten der einzelnen. Die Eigentümer erscheinen so eng mit einander verbunden, dafs sie gleichsam einen Körper mit einer Gesamthand zum Handeln bilden [2].

Dem ungeachtet kann aber der einzelne über seinen Anteil Rechtsgeschäfte abschliefsen, ihn veräufsern und nach überwiegender Ansicht selbst verpfänden. Insoweit ist er natürlich auch in Bezug auf prozessualische Mafsnahmen nicht genötigt, mit dem Genossen gemeinsam zu handeln. Über die gemeinschaftliche Sache selbst, d. h. über Benutzung und Substanz derselben, disponiert dagegen die Gesamtheit der Eigentümer. Nur in vereinzelten Fällen kann auch über die reelle Sache einer allein verfügen, so z. B. der Ehemann über Mobilien der ehelichen Gütergemeinschaft.

Insofern alle Miteigentümer zu handeln haben, beschränkt nicht einer den anderen wie beim Quoteneigentum des römischen Rechts. Vielmehr wirken, weil beim Gesamteigentum die Rechte aller in eins zusammenfliefsen, auch alle Miteigentümer mit, indem sie einen gemeinsamen Beschlufs fassen. Insoweit wäre allerdings gemeinschaftliches Handeln notwendig. Würden die Grundsätze des materiellen

[1]) Stobbe, Handbuch a. a. O. S. 77 und derselbe, Miteigentum und gesamte Hand in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. IV, S. 218 f.

[2]) S. Stobbe, Miteigentum a. a. O. S. 219.

Rechts auch für die prozessualischen Handlungen mafsgebend sein, so wäre damit in der That ein Fall notwendig einheitlicher Feststellung gegeben. Doch die materielle Norm der gemeinschaftlichen Disposition über die Sache berührt nicht den Prozefs. Denn in ihm wird nicht über deren Substanz, sondern, wie Planck sich ausdrückt, über die subjektive Beziehung der Genossen zur Sache gestritten. Über diese subjektive Beziehung willkürlich zu verfügen, hindert den einzelnen das materielle Recht nicht. Einheitlichkeit prozessualischer Handlungen könnte nur infolge eines Prozefsgesetzes notwendig werden. Ein derartiges Gesetz ist aber nicht möglich. Denn zwischen jedem Genossen und dem Gegner besteht ein besonderer Prozefs. Man kann deshalb nicht die Rechtsbeständigkeit einer Handlung in dem einen Prozefs bedingen durch die Vornahme einer Handlung in einem anderen Prozefs [1]).

Aufser der Natur des gemeinsamen Rechtsverhältnisses könnte nun die Art der Vereinigung zu gemeinschaftlichem Handeln nötigen.

Die Grundformen der Vereinigung mehrerer Personen sind *universitas personarum* und *societas*. Die erstere scheidet aber sogleich aus unserer Betrachtung aus. Denn nicht den Mitgliedern, die zu einer *universitas* gehören, sondern dieser selbst als einer besonderen Persönlichkeit fallen alle Rechte und Pflichten zu. Jene erscheinen daher im Prozefs überhaupt nicht als Partei und können sogar eine Stellung einnehmen, die mit der Parteirolle unverträglich ist.

---

[1]) Was über das Gesamteigentum des deutschen Rechts gesagt ist, gilt auch von dem Miteigentum des preufsischen Rechts, falls man darin eine Art oder Abart des Gesamteigentums erblicken sollte, und ebenso von der Miterbschaft des preufsischen Rechts, wenn man der Ansicht folgt, dafs der Nachlafs im Gesamteigentum der Miterben stehe.



Im scharfen Gegensatz hierzu steht die Societät. Sie tritt nach aufsen gar nicht in Erscheinung, so dafs es keine Rechte und Pflichten der Gesellschaft, sondern nur der Gesellschafter giebt[1]). Die Gesellschaft kann nichts erwerben, und das sogen. Gesellschaftsvermögen ist in Wahrheit ein Vermögen der einzelnen Mitglieder. Jedem derselben kommt deshalb Dispositionsbefugnis über dasselbe zu. Soll für die gesamte Gesellschaft ein Rechtsgeschäft abgeschlossen werden, so geht dies nur, wenn alle Gesellschafter mitwirken. Versagt aber einer seine Mitwirkung, so wird dadurch das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts für die übrigen nicht alteriert. Seine Mitwirkung ist deshalb für die Handlung des Genossen nicht notwendig, selbst wenn er durch Vertrag ihm gegenüber verpflichtet wäre. Aus diesen Grundsätzen folgt, dafs nicht die Gesellschaft, sondern nur die Gesellschafter klagen und verklagt werden können, und, dafs sie, wenn Klage erhoben ist, wegen ihrer nach aufsen von einander unabhängigen Dispositionsgewalt zu gemeinschaftlichem Handeln auch im Prozefs nicht genötigt sind.

Zwischen *universitas* und *societas* giebt es nun einige Mittelstufen. Mit der *universitas* verwandt sind die Personenklassen, die namens der Gemeinde prozessieren können[2]). Nimmt man auch eine solche, allerdings bestrittene Befugnis an, so wird doch nichts anderes übrig bleiben, als die einzelnen zu der Klasse Gehörigen als die Streitenden anzusehen[3]). Denn einerseits bilden sie nicht in ihrer Gesamtheit eine besondere Persönlichkeit,

---

[1]) S. z. B. Windscheid a. a. O. § 407. — Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs teilt die gleiche Grundanschauung. Erste Lesung § 629 ff., insbes. § 634.

[2]) Stobbe, Handbuch, Bd. I, S. 354 ff.

[3]) Stobbe, Handbuch, Bd. I, S. 356 und Note 37.

und andererseits sind sie nicht identisch mit der allein Persönlichkeit besitzenden Gemeinde. Die Klage unter dem Namen der Gemeinde bedeutet mithin blofs eine Vereinfachung in der Bezeichnung der zu der Klasse Gehörigen. Da nun dieselben aufserhalb des Prozesses in ihren Handlungen von einander unabhängig sind, so kann auch aus dem Umstand, dafs sie alle einer Gemeinde angehören, kein Grund zu einem notwendig gemeinschaftlichen prozessualischen Handeln entnommen werden.

Eine Abart der Societät bilden die Personenvereine, denen „als solchen" das Recht zu klagen zukommt. Selbständiges Klagerecht haben nur diejenigen, welche Rechte besitzen und Verbindlichkeiten eingehen können[1]. Wer dies vermag, der erwirbt selbst Vermögen. Die an den Verein gezahlten Beiträge gehen in das Eigentum desselben über. Aber trotz des Übergangs in das Eigentum einer von den Mitgliedern verschiedenen und über ihnen stehenden Einheit ist das Charakteristische und von der Korporation Unterscheidende ein der Kopfzahl der Mitglieder entsprechender Teilanspruch an dem Vereinsvermögen[2]. Der

---

[1]) Klagrecht ohne Parteifähigkeit, wie Hellmann, Lehrbuch S. 246 will, erscheint ein Widerspruch in sich selbst. Denn Parteifähigkeit ist, wie Seuffert a. a. O. Note vor § 50 und Wach, Verträge, S. 58, es zutreffend bezeichnen, „Rechtssubjektivität".

[2]) Stobbe, Handbuch, Bd. I, S. 417, versucht das Verhältnis der Vereinsmitglieder in einer der „gesamten Hand" entsprechenden Weise zu konstruieren. Dies ist aber deshalb unmöglich, weil dann nicht der Verein „als solcher" klagberechtigt wäre, sondern die Mitglieder. Gegen seine Ansicht spricht auch, dafs das Recht der einzelnen am Gesellschaftsvermögen ein Quotenrecht ist, was bei der Auflösung des Vereins zu tage tritt. Die Konstruktion Stobbes setzt voraus, dafs die Vereinsbeiträge im Eigentum der Vereinsmitglieder bleiben. Das Recht, welches diese am Gesellschaftsvermögen besitzen, ist aber nicht als Eigentum aufzufassen, da die Mitglieder den Beitrag geben, ohne über denselben weiter



Anspruch bleibt selbst dann, wenn der Verein ohne Rücksicht auf das Ausscheiden und den Beitritt von Mitgliedern existiert Das ausscheidende Mitglied verliert ihn, erhält also seinen Anteil nicht ausbezahlt, während das neueintretende ihn sofort mit dem Eintritt erwirbt.

Ist solchen Personenvereinen das ausdrückliche Recht „als solche" zu klagen beigelegt, so kann damit nicht die blofse Befugnis gemeint sein, die jeweiligen Mitglieder unter einer Kollektionsbezeichnung zu belangen. Das wäre ein Recht ohne Inhalt, das der § 19 C. P. O., welcher jene Personenvereine anerkennt, sicher nicht im Auge gehabt hat[1]. Damit ist vielmehr die Möglichkeit gegeben, in den Grenzen des Zwecks des Vereins diesen selbst zu verklagen und ihn selbst klagen zu lassen Der mit einem solchen Recht bedachte Verein ist mithin, obwohl keine juristische Person, prozessualisch doch als solche zu behandeln[2]. Im Prozefs wird er vertreten durch seine Organe. Die Mitglieder treten also nicht als Streitgenossenschaft auf. Die Frage nach notwendig gemeinschaftlichem Handeln kann nicht gestellt werden. Sofern aber mehrere einzelne Vereinsmitglieder prozessieren, sind sie Streitgenossen und in ihren Handlungen von einander so unabhängig wie andere im Prozefs zusammen auftretende Personen.

---

mitverfügen zu wollen. Ein Beleg ist auch der Verbleib des Beitrags in der Gesellschaftskasse bei Ausscheiden des Mitglieds. Schliefslich erlangen die Mitglieder durch den Beitritt einen Anspruch, der keineswegs immer der Gröfse ihrer eigenen Beiträge entspricht.

[1] S. Ötker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, Bd. I, S. 70, und derselbe, Juristisches Litteraturblatt, Nr. 51, S. 14.

[2] So früher bereits die Praxis des Jenaer Ober-App.-Gerichts s. Stobbe a. a. O. Bd. I, S. 414, Note 5; für heute vergl. z. B. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. VII, S. 164; Bd. VIII, S. 121.

In wieweit das selbständige Klagerecht für Personenvereine begründet ist, bestimmt sich nach dem Civilrecht, und zwar nach Reichs- und Landesrecht, Gesetz und Gewohnheit. Von den beiden oben berücksichtigten Partikularrechten schliefst dasselbe der *code civil* aus[1]). Auch das preufsische Landrecht berechtigt und verpflichtet nur die jeweiligen Mitglieder des Vereins, so dafs Handlungen der Vertreter der Gesellschaft als Handlungen der einzelnen Mitglieder anzusehen sind[2]). Das Reichsrecht dagegen hat einer Reihe von Personenvereinen selbständiges Klagerecht eingeräumt. Dahin gehören insbesondere Genossenschaft und Handelsgesellschaften. Auch die offene Handelsgesellschaft, deren rechtliche Konstruktion noch immer bestritten ist, müssen wir hierher zählen. Die Firma, d. h. die Gesellschaft klagt und wird verklagt[3]). Ihr Inhaber erscheint mithin als gesetzlicher Vertreter[4]). Hat sie mehrere Inhaber, so vertritt nach aufsen jeder die Firma ganz, und jeder ist als solcher ohne weiteres zur selbständigen Durchführung des Prozesses legitimiert[5]). Einer notwendig gemeinschaftlichen Durchführung von seiten aller Firmeninhaber bedarf es also nicht. Nun können zwar z. B. die beiden Firmeninhaber verschiedene oder gar widersprechende Mafsnahmen treffen. Aber auch dann bleibt die Handlung jedes einzelnen formell gültig, da jedem selbständige Dis-

---

1) Vergl. v. Wilmoski-Levy a. a. O. § 19 Note 1.

2) Förster-Eccius a. a. O. 4. Aufl, Bd. IV, 2, S. 720.

3) Art. 111 H. G. B.

4) Art. 117 H. G. B. S. Gareis, Handelsgesetzbuch, Anm. zu Art. 117: „Der die Gesellschaft vertretende Sozius ist das natürliche und gesetzliche Organ der Gesellschaft". Reichsgerichtsentscheidungen Bd. I, S. 297.

5) Art. 114, 117, 86 H. G. B. Nach dem letzten Artikel bedarf es zum Ausschlufs der Vertretungsbefugnis sogar der Anmeldung zum Handelsregister.

positionsbefugnis nach aufsen zukommt[1]), und es entsteht nur eine Kollision, die genau so zu beseitigen ist, wie in dem Fall, in welchen die prozessualischen Erklärungen mehrerer Vertreter einer Person divergieren.

Können die Erklärungen mehrerer Vertreter[2]) nebeneinander Bestand haben, so sind sie sämtlich als abgegeben zu erachten. Sind sie miteinander unverträglich, und heben sie sich gegenseitig auf, so ist anzunehmen, es sei keine Erklärung abgegeben. Der Vertreter hat dann die aus dem Stillschweigen entstehenden Folgen zu tragen. Dafs er aus der Prozefsführung Ersatzansprüche gegen die Vertreter ableiten kann, berührt weder das Verhältnis der Vertreter untereinander noch sein Verhältnis zum Gegner. Die mögliche Divergenz der Handlungen der Vertreter zwingt diese nicht zu gemeinschaftlicher Aktion. Die eingetretene bewirkt nichts, als eine erhöhte Schwierigkeit, den wahren Willen des Vertretenen zu erkennen.

Selbst wenn gemeinschaftliches Handeln der Vertreter nötig wäre, würde die mehrfache Vertretung keine notwendige Streitgenossenschaft bilden, da — wenn auch durch mehrere Organe — doch nur eine Person, der Vertretene, streitet.

§ 2.

Die Notwendigkeit bloss gleichen Handelns.

Auch ohne Gemeinschaftlichkeit der Handlungen zu fordern, hat man die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung um deswillen behauptet, weil die Streitgenossen eventuell gezwungen seien, den Prozefs in gleicher Weise durchzuführen.

---

[1]) Art. 102, Abs. 2 H. G. B. bezieht sich nur auf das innere Gesellschaftsverhältnis.

[2]) Solche mehrfache Vertretung ist nach § 80 C. P. O. möglich.

Giebt es aber Rechtsverhältnisse, aus deren Wesen ein notwendig übereinstimmendes Handeln der Streitgenossen folgt? Man könnte zunächst an die Verfügung über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache denken. Von einem Miteigentümer allein kann sie allerdings nicht geschehen. Das hat aber nicht in dem Miteigentum an sich, sondern darin seinen Grund, dafs das Eigentum der Genossen die ganze Sache durchdringt, und eine Einwirkung auf dieselbe einen Eingriff in fremdes Eigentum bedeuten würde. Das ist der Fall, weil während der Dauer des Miteigentums eine juristische Unteilbarkeit der gemeinschaftlichen Sache und damit die Unmöglichkeit vorhanden ist, eine Eigentumsquote zu realisieren. Die Unteilbarkeit des Streitobjekts nötigt aber, wie bereits gezeigt, nicht zu prozessualisch gleichem Handeln. Der Ausschlufs der Notwendigkeit hierzu ergiebt sich aufserdem ohne weiteres bei der Ansicht, dafs um die subjektive Beziehung zur Sache gestritten werde. Denn dann betrifft das hinsichtlich der Verfügung über dieselbe aufgestellte Erfordernis übereinstimmenden Handelns überhaupt nicht den Prozefs.

v. Amelunxen führt als Beispiel den Prozefs des Liquidanten gegen die bestreitenden Konkursgläubiger an: „Da nun die Bestreitenden sämtlich einen und denselben Rechtsbehelf dem Kläger entgegensetzen, nämlich den auf ihre ausschliefsliche Befriedigung aus der Masse gerichteten und ungeteilten Konkursanspruch, welchen der Liquidant als ‚das der Ausübung seiner Forderung gegen den Gemeinschuldner wirksam entgegentretende Hindernis‘ mit der Feststellungsklage aus dem Wege räumen mufs, so kann der Streit nur einheitlich für alle Streitgenossen und Konkursgläubiger (Konk. O. § 135) entschieden werden[1]). Ob das Resultat des

---

[1]) v. Amelunxen a. a. O. S. 66. — Litteratur über diesen Fall s. Seuffert a. a. O. § 59, Note 3 a.

Prozesses für alle Streitgenossen das gleiche sein mufs, mag hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist der gleiche Ausgang des Prozesses nicht wegen eines Rechtsverhältnisses begründet, das die Genossen zu einem übereinstimmenden Handeln nötigte. Denn die Übereinstimmung besteht in der gleichen Verteidigung. Es ist nun schon verkehrt, aus der Art der Verteidigung irgend etwas für die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung folgern zu wollen[1]) Dies wäre nur möglich aus der Klage. Denn der Schlufs soll gezogen werden für die Streitgenossenschaft, deren Wesen Klagenhäufung ist. Sodann aber zwingt nichts zu einem übereinstimmenden Handeln. Die bestreitenden Konkursgläubiger brauchen nicht den gleichen Rechtsbehelf entgegenzusetzen und können ebensogut die Entstehungsgeschichte der Forderung leugnen, wie auch aus anderen Gründen widersprechen[2]).

Von den andern Beispielen, auf die sich v. Amelunxen beruft, gilt dasselbe. Immer ist vorausgesetzt, dafs die Genossen den gleichen Rechtsbehelf vorbringen. Das ist aber etwas Zufälliges. Es giebt kein Rechtsverhältnis, das die Genossen zu einem übereinstimmenden Handeln nötigte. Seuffert, der v. Amelunxen im ganzen beipflichtet, fügte deshalb in den früheren Auflagen seines Kommentars die Klausel hinzu „wenn in diesen Fällen die mehreren Streitgenossen nicht verschiedene Rechtsbehelfe, sondern dieselbe thatsächliche und rechtliche Verteidigung entgegensetzen“[3]).

---

[1]) Weismann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft 1884, S. 100, Note 4, mit der Begründung: „Das Urteil ist Entscheidung über den Klaganspruch“.

[2]) Hellmann a. a. O. S. 241.

[3]) Seuffert a. a. O. 3. Aufl., § 59, Note 4. Die neuste Auflage bringt keine Verbesserung. Es heifst § 59, Note 3 ad a: „Das Richtige ist: Die Streitgenossenschaft ist so lange eine notwendige

Nun wird aber trotz nicht notwendig gleichen Handelns von Seuffert u. a. Notwendigkeit einheitlicher Feststellung stets angenommen, wenn die Genossen bei gleicher Rechtslage in gleicher Weise prozessualisch handeln. Alsdann ist aber die Notwendigkeit eine logische. Von einer rechtlichen kann man nicht reden, wenn die Genossen, die sich verschiedener prozessualischer Mittel bedienen können, zufällig die gleichen gebrauchen.

Gewifs wird bei gleicher Voraussetzung auch der gleiche Schlufs vom Richter gezogen werden. Das ist aber nichts im Recht selbst Begründetes. Die Grundsätze der Logik und des Rechts decken sich nicht. Da nun die notwendige Streitgenossenschaft ein Rechtsinstitut ist, müssen ihre Voraussetzungen nach Rechtsgründen bestimmt werden.

Die logische Notwendigkeit einheitlicher Feststellung ist kein Kriterium für die notwendige Streitgenossenschaft. Werden z. B bei der Rückforderung zweier gleichgrofser Darlehen, die von verschiedenen Personen an zwei verschiedene Leute zu derselben Zeit und unter denselben Umständen ausgeliehen sind, die gleichen Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend gemacht, so werden gewifs gleiche Entscheidungen ergehen. Aber niemand wird, selbst wenn die beiden Prozesse durch Gerichtsbeschlufs verbunden sind, daran denken trotz einer völligen Übereinstimmung

---

im Sinne des § 59, bis sich im Prozesse eine Verschiedenheit der Widersprüche ergiebt und folglich die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung entfällt". Damit ist gesagt, dafs die einheitliche Feststellung insoweit eine notwendige sei, als die Streitgenossen dem Gegner gegenüber gleiches behaupten. Die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung wird mithin auch hier von der zufälligen Gleichheit des Vorbringens der Streitgenossen abhängig gemacht! S. auch v. Amelunxen a. a. O. S. 62 und dagegen Weismann a. a. O. S. 100, Note 4 a. E.

der Rechtslage der Streitenden, eine „notwendige Streitgenossenschaft“ anzunehmen. Denn es fehlt hier an dem rechtlichen Band, das die Streitenden zusammenhält.

Wenn wir die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung nur dahin interpretieren können, dafs der Richter bei gleicher Voraussetzung auch den gleichen Schlufs ziehen mufs, so ist für die Beurteilung der notwendigen Streitgenossenschaft gar nichts gewonnen, sie im Gegenteil erschwert, weil dadurch ihre rechtlichen Grenzen verschoben und dahin nicht gehörige Fälle in sie einbezogen werden.

Unterabteilung II.

Die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung in Rücksicht auf die Gleichheit der Entscheidungen.

§ 1.

Notwendigkeit der Vermeidung divergierender Entscheidungen.

Galten die beiden vorhergehenden Paragraphen der Untersuchung, inwieweit die einheitliche Feststellung in Rücksicht auf die Gleichheit der Handlungen notwendig erscheint, so sollen die folgenden die Frage beantworten, ob sie auch ohne Rücksicht darauf in Hinblick auf die Gleichheit der Entscheidungen nötig ist. Man kann wohl Bedenken tragen, die Einheitlichkeit der Feststellung von einem ihr nachfolgenden Stadium des Prozesses abhängig zu machen. Aber die meisten Anhänger des *litisconsortium necessarium* sehen, indem sie Feststellung und Entscheidung identifizieren, dessen Kriterium gerade in der Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung.

Drei Prinzipien sind es, auf welche diese gestützt wird:

1) die Unverträglichkeit divergierender Entscheidungen,
2) die Wirkung der einen Entscheidung auf die andere und
3) das Gebot einheitlicher Entscheidung.

Die Unverträglichkeit divergierender Entscheidungen soll sich herausstellen bei Unteilbarkeit des Rechtsverhältnisses[1]), das man sich gleichsam wie ein Band um die Genossen geschlungen denkt und ungelöst alle zusammenhält, gelöst aber alle auf einmal freigiebt. Das Civilurteil wäre es dann, von welchem die Trennung abhinge. Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dafs es das Rechtsverhältnis selbst sei, um welches gestritten wird. In Konsequenz desselben wird die einheitliche Entscheidung damit begründet, dafs ein Rechtsverhältnis nicht gleichzeitig als bestehend und als nicht bestehend angesehen werden könne[2]). Hieraus erhellt, dafs diese Theorie zur Annahme eines einzigen Prozesses führt. In einem Prozefs kann allerdings dasselbe Rechtsverhältnis nicht als bestehend und zugleich als nicht bestehend angenommen werden. Einheitliche Feststellung und Entscheidung ist da selbstredend. Bei der Streitgenossenschaft handelt es sich aber, wie wir gesehen haben, nicht um einen, sondern um mehrere Prozesse.

Doch auch bei Anerkennung einer Prozefsmehrheit wird an jener Theorie festgehalten und die Möglichkeit divergierender Entscheidungen in Abrede gestellt[3]). In allen Fällen haben aber die einzelnen Genossen volle Freiheit in der Disposition über ihre Parteiverhältnisse, ohne von einander abhängig zu sein. Dem würde aber nicht Rechnung getragen werden, wenn die Urteile einheitlich sein müfsten. Das freie Dispositionsrecht des Genossen würde dadurch illusorisch werden. Wer trotz desselben die Notwendigkeit

[1]) Die Unverträglichkeit verschiedener Urteile gilt als Grund für die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung und Entscheidung den meisten Kommentatoren der C. P. O., insbesondere auch Puchelt, Die Civilprozefsordnung, § 59; Endemann, Der deutsche Civilprozefs, § 59, S. 300.

[2]) v. Wilmowski-Levy a. a. O. § 59, Note 1.

[3]) z. B. Kohler, Der Prozefs als Rechtsverhältnis, S. 104.

einheitlicher Entscheidung behauptet, der verwechselt zwei Dinge mit einander, das allerdings unteilbare materielle Rechtsverhältnis und das formelle, von dem der Ausgang des Prozesses abhängt. In dem formellen Rechtsverhältnis äufsert sich die dem Genossen eigenste, persönliche Berechtigung und Verpflichtung, die aus der Teilnahme an dem materiellen Rechtsverhältnis wohl entspringen, aber nicht darin aufgehen kann.

Lediglich aus der persönlichen Beziehung wird gefordert und geschuldet Darum steht es im Ermessen der einzelnen Person sie zu negieren oder zuzugeben. Keine ruft durch ihre Handlung eine Entscheidung hervor, welche die gleiche auch für eine andere sein müfste. Denn nähme man das an, so würde man einen Unterschied machen, je nachdem der einzelne vor oder erst nach dem Prozefs dem Verlangen des Gegners nachkommt. Befriedigt er dasselbe vor Beginn des gerichtlichen Verfahrens, so scheidet er aus der Reihe der in Anspruch zu nehmenden Genossen aus, während der Gegner mit den übrigen den Prozefs durchführen mufs. Wie nun vor dem Prozefs, so kann er auch während desselben seiner eigenen Verpflichtung genügen und seiner eigenen Berechtigung entsprechend handeln, ohne darum die Entscheidung über seine Mitberechtigten oder Mitverpflichteten zu beeinflussen.

Am schärfsten vertritt Planck diesen Standpunkt. Er betont auf das Entschiedenste, dafs es nicht die Substanz des Rechtsverhältnisses sei, worum gestritten werde, sondern die subjektive Beziehung zu demselben [1]. Ihn greift v. Amelunxen an, indem er ihm Vermengung verschiedenartiger Fälle vorwirft [2]. Er meint, es gebe wohl Rechtsverhältnisse, wo jeder Genosse für sich in Beziehung zu

---

[1] Planck a. a. O. S. 419 f.

[2] v. Amelunxen S. 23 f.

einem unteilbaren Rechtsverhältnis stehe. Da hindere nichts, den einzelnen Teilhaber loszutrennen. In Prozessen um Rechte und Pflichten, die jedem auf Grund seiner Beziehung zu jenem Verhältnis zukommen, sei allerdings nicht einzusehen, warum nicht der eine mit, der andere ohne Erfolg den Prozeſs zu Ende führen könne. Aber nicht immer handele es sich um die von einander unabhängigen Beziehungen der Teilhaber. Es gebe Rechtsverhältnisse, aus denen auszuscheiden, der einzelne nicht in der Lage sei. Insofern hat v. Amelunxen Recht, als nicht, wie Planck sagt, die Teilnahme an dem Rechtsverhältnis den Streitgegenstand bildet. Dennoch streitet jeder um etwas Besonderes, nämlich um seine Berechtigung, um seine Verpflichtung. Stände damit zugleich die Existenz des unteilbaren Rechtsverhältnisses überhaupt auf dem Spiel, so wären seine Rechte und Pflichten mit denen der Genossen identisch. Daraus würde dann folgen, daſs es nur eines einzigen Urteils bedürfe. Wirklich zieht v. Amelunxen diese Konsequenz. Ein Urteil setzt aber einen Prozeſs voraus. Somit würden wir, wenn wir v. Amelunxen folgen, wieder zu der unhaltbaren Annahme einer Prozeſseinheit gelangen.

In seiner Argumentation steckt aber auch ein Widerspruch Er räumt ein, daſs es sich im allgemeinen um die von einander unabhängigen subjektiven Beziehungen der Genossen handele, nur ausnahmsweise soll es anders sein [1]). Den Gegenstand des einen Prozesses kann aber nicht die Substanz des Rechtsverhältnisses bilden, während Gegenstand des anderen nur etwas Relatives, die subjektive Beziehung, ist. Man kann wohl die eine oder die andere Ansicht in Bezug auf den Prozeſs überhaupt haben, aber nicht in Bezug auf einzelne Prozesse. Denn sie betrifft das Wesen des Prozesses selbst.

[1]) Vergl. auch v. Amelunxen a. a. O. S. 61.

So wenig wie bei teilbaren Rechtsverhältnissen, ist bei unteilbaren die Möglichkeit divergierender Urteile ausgeschlossen. Zwischen beiden Arten wird, wie Planck nachgewiesen hat, weder vom römischen Recht, noch von der späteren Entwickelung ein Unterschied gemacht [1]). Einen solchen hat erst die neuere gemeinrechtliche Doktrin hineingetragen. Auch für unser heutiges Recht kann er keine Geltung beanspruchen. Zwar behauptet man, dafs er im römischen Recht wegen der stattfindenden Geldkondemnation nicht praktisch gewesen sei, wohl aber heute, wo die unteilbare Leistung sich nicht mehr in eine teilbare Geldleistung verwandele, sondern *in natura* gegeben werde. Soll nun aber ein einheitliches Urteil ergehen lediglich deshallb, weil widersprechende Erkenntnisse auf die eine unteilbare Leistung nicht in Vollzug gesetzt werden können? Völlig verkehrt wäre es, die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung aus der blofsen Schwierigkeit der Exekution ableiten zu wollen [2]). Denn entstehen Schwierigkeiten, so mufs zunächst alles aufgeboten werden, sie zu beseitigen. Ergiebt sich eine wirkliche Unmöglichkeit, so kann man nicht um deswillen die Entscheidungen auf einen Leist schlagen. Eine konkrete Entscheidung in Anbetracht ihres Vollzugs anders zu geben, als nach dem zu Grunde liegenden Thatbestande, gilt als Verstofs gegen das Gesetz. Ebenso darf man aber auch die Entscheidung *in abstracto* nicht durch ihre Realisierbarkeit bedingen wollen.

Wir wenden uns, indem wir es dahingestellt sein lassen, ob ein teilbares oder unteilbares Rechtsverhältnis vorliegt, nunmehr den hauptsächlichsten Einzelfällen zu, in denen verschiedene Entscheidungen mit einander unverträglich sein sollen. Obwohl die *communis opinio* zäh an dem Prinzip

---

[1]) Planck a. a. O. S. 416, 422, 424 114.

[2]) S. Wach, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 14, S. 348.

festhält, giebt es keinen einzigen Fall, der völlig unbestritten wäre!

Früher als Musterbeispiele angeführt, aber heute immer mehr angefochten wird die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung bei Solidar- und Korrealobligationen.

Wenn die Korrealgläubiger A und B gegen C klagen, und C auf Grund einer mit A getroffenen Vereinbarung ihm gegenüber die *exceptio pacti de non petendo in personam* vorschützt, so wird er über A siegen, während er den Prozefs mit B, dem er keine Einrede entgegenzusetzen vermag, verliert[1]). Die Möglichkeit widersprechender Urteile liegt hier wie da, wo andere persönliche Einreden z. B. aus dem *beneficium competentiae* vorgebracht werden, offen zu tage. Bei sachlichen Rechtsbehelfen, welche die Existenz der Korrealobligation berühren, ist zwar ein derartig verschiedener Ausgang, Sieg des einen, Niederlage des andern nicht möglich, aber doch läuft der Prozefs nicht für alle Genossen in gleicher Weise aus. Klagt M gegen die Korrealschuldner N und O und beweist N die bereits geleistete Zahlung, so kann O auf diese Summe nicht verurteilt werden. Das geschieht aber nicht, weil eine einheitliche Entscheidung rechtsnotwendig wäre, sondern folgt aus der Natur der Korrealobligation. Es besteht, sobald der eine geleistet hat, für den andern kein Schuldverhältnis mehr!

Manche Schriftsteller, welche hinsichtlich der Korrealobligation gleicher Ansicht mit uns sind, leugnen die Möglichkeit widersprechender Erkenntnisse bei der blofs solidarischen Obligation. Aber gerade bei dieser mufs sie erst recht angenommen werden[2]). Denn mag man auch

---

[1]) S. Bolgiano, Handbuch, S. 157 und Note 12, wo er sich auf Hellmann stützt.

[2]) Das Reichsgericht hat die notwendige Streitgenossenschaft bei solidarischen Obligationen ebenfalls verneint. Erk. vom 3. Dez. 1892. Entsch. Bd. 30, S. 383 ff.

sonst über ihre Natur streiten, und ein Solidarverhältnis blofs auf seiten der Schuldner oder auch auf seiten der Gläubiger für möglich halten, das ist allgemein anerkannt, dafs sie mehrere selbständige Forderungsrechte involviert und eine Aufhebungsthatsache in der Person des Solidarschuldners oder -Gläubigers das Verhältnis der übrigen nicht berührt [1]. Nur die Leistung und das, was ihr gleichsteht, Erfüllung an Zahlungsstatt, Novation etc., beeinflufst das Solidarverhältnis der Genossen. Beweist der eine von zwei belangten Solidarschuldnern die Zahlung, dann ist auch der andere frei, beide aber aus verschiedenen Gründen: jener weil er geleistet hat, dieser weil keine Obligation mehr für ihn besteht. Der Prozefs mit jenem endigt, weil der Streit seine Erledigung gefunden hat, der Prozefs mit diesem, weil es an einem Streitgegenstand überhaupt fehlt.

Etwas Besonderes behauptet man bisweilen für die Solidarobligation mit unteilbarem Objekt [2]. Auch das müssen wir zurückweisen. Zum Argument bedienen wir uns des gerade für die gegenteilige Meinung angeführten Beispiels, der Klage auf Herausgabe der Sache gegen die Erben des Depositars Macht der Erbe A geltend, dafs er ein näheres Recht auf den Besitz der Sache habe, als der Miterbe B, so wird der Kläger dem A gegenüber abgewiesen, der B aber zur Herausgabe verurteilt, d. h. der aus dem Verwahrungsvertrag ihm gegenüber bestehende Anspruch ist entschieden zu Gunsten des Klägers. Behält nun die Sache auch der, welcher das nähere Recht hat, so war der Prozefs mit dem B nicht nutzlos. Denn auf Grund des Urteils kann er ihm die Sache abfordern, sobald A aus dem Mitbesitz ausscheidet.

Eine verschiedenartige Entscheidung hindert also weder das korreale noch das solidare Verhältnis, noch die Unteil-

[1] Windscheid a. a. O. § 299.

[2] Bolgiano a. a. O. S. 57.

barkeit des Gegenstandes der Obligation[1]). Wach, der dieses Resultat rückhaltlos anerkennt, glaubt um so mehr für die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung bei dem Rechtsverhältnis eintreten zu müssen, das durch das Miteigentum an einem mit einer Prädialservitut belasteten oder ausgestatteten Grundstück entsteht. Diesen für ihn einzigen Fall der notwendigen Streitgenossenschaft führt er darauf zurück, dafs die Beziehungen des Rechts zu seinen Trägern hier einheitliche seien, weil sie von dem Wechsel der berechtigten bezw. verpflichteten Personen nicht abhängen, und weil einseitige Disposition eines Berechtigten bezw. Verpflichteten sich verbiete[2]). Beide Gründe können wir nicht zugeben. Den letztern nicht; denn eine einseitige Disposition eines Miteigentümers ist, wenn auch nicht über die Substanz der Sache, so doch über das Recht an ihr möglich. Da im Prozefs nun nicht über die Substanz selbst gestritten wird, kommen die Fälle einseitiger Disposition gar nicht weiter in Frage. Der erstere Grund ist nicht stichhaltig. Denn es giebt kein Recht, das nicht mit einer Person verknüpft wäre und gerade auch durch die Person des Trägers seinen Charakter erhielte[3]). Dem steht nicht der häufig angezogene Satz *iudicium praedio datur* entgegen. Dieser sagt nicht, dafs über Rechte des Grundstücks geurteilt werde. Eine solche Auslegung würde sich nur mit der Auffassung vertragen, dafs das Grundstück oder seine Miteigentümer etwas der juristischen Person Verwandtes wären. Nach gem. Recht kann man aber das Grundstück als juristische Person nicht ansehen. Sonst müfste eine an ihm haftende Servitut unab-

---

[1]) Wach a. a. O. S. 347.

[2]) Wach a. a. O. S. 345 f.

[3]) Das letztere wird durch das erstere bedingt. Das Recht mufs in einer Person, mag es auch eine blofs juristische sein, einen Träger haben. S. Arndts, Pandekten, § 21, Note 1. Vergl. auch Zitelmann, Begriff und Wesen der jur. Person, S. 27, 62.

hängig von der Person des Eigentümers sein. Das ist sie aber nicht, vielmehr geht sie durch ein, nur die Person des Eigentümers betreffendes Ereignis, die Konfusion, unter [1]). Die Miteigentümer bilden keine Korporation, da im gemeinen Recht das Miteigentum unter keinen anderen Grundsätzen als das Eigentum steht. Die Regel *iudicium praedio datur* soll nur ausdrücken, dafs ein Urteil, welches ein Miteigentümer erstreitet, dem ganzen Grundstück zu Nutzen kommt.

Ist nun das Recht an die Person selbst gebunden, sodafs es vom Wechsel in ihr nicht unabhängig ist, so fällt mit diesem zweiten Grunde auch das Prinzip „Einheit der Beziehung des Rechts zu seinen Trägern". Will man dasselbe dennoch adoptieren, so mufs man mit Wach die Konsequenzen ziehen. Diese gehen dahin, dafs nur eine scheinbare Klagenhäufung vorliege. Die einheitliche Feststellung und Entscheidung hält er, entgegen den Verfechtern der gemeinen Meinung, also deshalb für begründet, weil nur über eine Klage zu entscheiden sei. Da nun aber § 59 C. P. O. eine Klagenhäufung voraussetzt, so enthält nach Wach dieses „Musterbeispiel der notwendigen Streitgenossenschaft" keine solche im Sinne jenes Paragraphen.

Obwohl wir ebensowenig dem Resultat der gemeinen Meinung zustimmen können, müssen wir doch mit ihr dann, wenn mehrere Miteigentümer um eine Prädialservitut streiten, Klagenmehrheit annehmen. Dazu gelangen wir schon durch unsere Auffassung, dafs die Rechte stets auch durch die Person des Trägers mitbestimmt werden. Jenes hinderte nicht, den Fall unter § 59 C. P. O. zu subsumieren. Es fragt sich nur, ob die übrigen Voraussetzungen zutreffen. Der einzelne Miteigentümer ist, wie wir sahen, zu selbständiger Disposition befugt. Er kann zu gunsten des Grundstücks allein eine Servitut erwirken. Wenn die

[1]) Dernburg, Pandekten § 254, 1 c. Baron, Pandekten § 30, Nr. 9 b.

beiden Miteigentümer A und B im Prozefs auftreten, und der Beklagte Z lediglich dem A gegenüber die Servitut anerkennt, so hat in dem Augenblick, in dem dies geschieht, A die Servitut für das ganze Grundstück erworben. Damit fällt aber der Gegenstand des Streites zwischen dem andern Miteigentümer B und Z fort. Es folgt daraus nicht, dafs die Entscheidung für B nun auch ein siegreiches Urteil sei, wie die gemeine Meinung glaubt. Er wird zwar nicht — da nach Anerkennung dem A gegenüber für ihn nichts mehr zu erstreiten ist — mit der Klage ohne weiteres abgewiesen, aber er ist rechtlich genau so gestellt wie ein Kläger, dem während des Prozesses aufsergerichtliche Befriedigung zu teil wird.

Um ein Grundstück zu belasten, haben alle Miteigentümer zu handeln. Will nun O gegen die Eigentümer M und N eine Prädialservitut erstreiten, und erkennt M den klägerischen Anspruch an, so ist das Grundstück noch nicht belastet, wenn er dem N gegenüber nicht durchdringt. Der Sieg des O über M mufs im Urteil seinen Ausdruck finden, sodafs zwei Entscheidungen ergehen, die eine im Streit mit M erfochtene auf Bestellung der Servitut und die andere aus dem Streit mit N auf Abweisung des Klägers. Beide Urteile vertragen sich sehr wohl mit einander [1]). Denn obwohl das Grundstück nicht zum Teil belastet und zum Teil frei sein kann, so kann doch von den beiden Ansprüchen auf Belastung der eine begründet und der andere unbegründet sein. Während N Miteigentümer des Grundstücks ist, kann O den für begründet erachteten Anspruch nicht ausüben, wohl aber, sobald durch Wegfall des N der M

[1]) Die Eintragung des erstrittenen Urteils in das Grundbuch würde, wenigstens *de lege ferenda*, nicht undenkbar sein. Sie wäre eine Art Vormerkung, die dann in eine definitive Eintragung überginge, wenn der Besiegte Alleineigentümer des dienenden Grundstückes wird.



Alleineigentümer wird. Denn in diesem Augenblick ruht die nur durch das Dasein des N zurückgehaltene Belastung auf dem Grundstück in seiner Gesamtheit.

Wie aus dem Miteigentum, so wird auch aus der Handelsgesellschaft die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung abgeleitet. Nach der von uns verteidigten Ansicht ist die Firma selbst Prozefssubjekt, jeder Inhaber ihr Vertreter. Die Entscheidung über Ansprüche für und gegen sie erfolgt einheitlich, aber nur deshalb, weil sie eine Klage und einen Prozefs betrifft.

Billigt man diese Grundanschauung nicht, und sieht man die Inhaber als Partei an, so erscheinen sie zwar als Streitgenossen, aber der Umstand, dafs sie beide das Interesse der Firma wahrnehmen, nötigt nicht zu gleichheitlichen Entscheidungen. Divergierende Urteile haben hier um so eher nebeneinander Bestand, als nicht einmal Schwierigkeiten sie zusammen zu realisieren vorhanden sind. Der auf Grund seines Anerkenntnisses von zwei verklagten Firmeninhabern allein Verurteilte, hat eben nicht die Hälfte, sondern die ganze gegen die Firma eingeklagte Summe zu erlegen. Eine interne Angelegenheit ist es, das Zuvielgezahlte vom Genossen zurückzufordern.

Nach einer dritten von Siebenhaar[1]) vertretenen Mittelmeinung soll zwischen dem Fall, in welchem die Handelsgesellschaften wegen einer Gesellschaftsschuld unter der Firma verklagt werden und dem, in welchem sie wegen einer Gesellschaftsforderung unter der Firma klagen, unterschieden werden. Im ersteren handele es sich um eine Schuld der Firma als solcher, für welche die einzelnen Gesellschaften für ihre Person solidarisch haften. Im letzteren sei die Forderung *ipso iure* geteilt. Das prozessuale Ver-

[1]) Siebenhaar, Kommentar zur Civilprozefsordnung, § 59 S. 103.

hältnis der Kläger untereinander sei „wie eine Streitgenossenschaft" zu betrachten. Von einer Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung kann also in keinem der beiden Fälle die Rede sein.

Schliefslich mögen noch einige Beispiele aus der C. P. O., für welche die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung gelehrt wird, Erwähnung finden. Einen der „sicheren"[1]) Fälle soll die Hauptintervention begründen. Dabei ist es aber sogar fraglich, ob sie überhaupt eine Streitgenossenschaft bewirkt. Die ältere auf Planck gestützte Ansicht verneint es Sie sieht die Hauptintervention als Klage gegen den ursprünglichen Beklagten an, dem der ursprüngliche Kläger als blofse Nebenpartei beitrete, weil die Klage des Intervenienten nicht auch gegen den nichtbesitzenden Kläger gerichtet sein könne[2]). Neuerdings neigt man wohl zu einer anderen Ansicht in Hinblick auf § 61 C. P. O., welcher verlangt, dafs die Klage des Intervenienten gegen beide Parteien gerichtet werde. Die neuere keineswegs allgemein gebilligte Ansicht wird namentlich von Schultze[3]) verteidigt, der sie noch durch den Hinweis darauf unterstützt, dafs die C. P. O. die Feststellungsklagen allgemein zugelassen habe, und dafs auch das Recht des Intervenienten gegenüber dem Erstkläger einer Feststellung bedürfe.

Nimmt man auch an, dafs sich die Interventionsklage gegen die beiden Erststreitenden richte, und dafs diese dadurch Streitgenossen werden, so sind doch die Ansprüche gegen die beiden Genossen in der Regel verschiedenartig. Der eine geht auf Feststellung, der andere auf Leistung. Ausgeschlossen ist es zwar nicht, dafs nur auf Feststellung beiden Genossen gegenüber geklagt wird, aber auch

---

[1]) Kohler a. a. O. S. 104.

[2]) Vergl. v. Kries, Die Rechtsmittel, S. 43, Note 20.

[3]) Schultze, Zeitschrift für Civilprozefs, Bd. II, S. 72, Note 130.

dann braucht die Entscheidung schon deshalb keine einheitliche zu sein, weil aus der verschiedenen Stellung, in der sich die Beklagten befinden, eine verschiedene Verteidigung möglich ist.

Als Spezies der Hauptintervention gilt hier und da die Exekutivintervention, die sich bei dieser Ansicht einfach mit der Hauptintervention erledigt. Wir können jedoch in ihr eine Abart der letztern nicht erblicken [1]). Dennoch erfordert sie keine einheitliche Entscheidung, was selbst Anhänger der gemeinen Meinung zugeben. Weismann [2]) schliefst die Anwendung des § 59 C. P. O. aus, Seuffert [3]) beschränkt sie. Wir pflichten Hachenburg bei, der ausführt: „Zeigt nicht bei der der Hauptintervention gleich behandelten Exekutionsintervention des § 690 C. P. O. tagtäglich die Praxis, dafs der pfändende Gläubiger gegenüber dem Dritten die Anfechtung des Rechtsaktes, auf den sich dessen die Veräufserung hinderndes Recht stützt, durchführt, während der Schuldner selbst an seine Handlungen gebunden ist? Gegen den letzteren, der mitbeklagt ist, mufs die Feststellung erfolgen, denn nur dem Gläubiger gegenüber sind die Rechtshandlungen anfechtbar; gegen den ersteren, der den Nachweis führt, dafs die Eigentumsübertragung in der Absicht die anderen Gläubiger zu benachteiligen erfolgte und dafs der Intervenient diese Absicht kannte, ist die Klage abzuweisen. Das Gesetz selbst verbietet hier die einheitliche Feststellung, sie kann unmöglich als Regel geboten sein“ [4]).

Wie § 690, so ist unbestritten § 710 C. P. O. zu behandeln. Also, wenn nicht dort, dann ist auch hier

---

[1]) Seuffert a. a. O. § 690 Note 3 und § 710 Note 5.

[2]) Weismann a. a. O. S. 99.

[3]) Seuffert a. a. O. § 59, Note 3.

[4]) Hachenburg a. a. O. S. 103.

nicht die Notwendigkeit gleichheitlicher Entscheidung vorhanden.

Noch weniger als der § 61, kann der § 66 als Beispiel herangezogen werden. Der Nebenintervenient ist der Hauptpartei derart untergeordnet, dafs seine prozessualischen Handlungen nur Wirksamkeit haben, wenn sie mit denen der Hauptpartei nicht in Widerspruch stehen Wo aber der Nebenintervenient die Hauptpartei im eigenen Interesse unterstützt, weil das Urteil rechtswirksam auch für ihn sein würde, da bestimmt zwar § 66, dafs die Unterordnung unter die Hauptpartei ausnahmsweise aufhöre, das aber lediglich zu dem Zweck, um ihn zu selbständiger Handlung zu ermächtigen. Das Gesetz verweist nicht ohne Grund auf § 58 C. P. O. als auf die Streitgenossenschaft, bei welcher der Genosse zu selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmitteln befugt ist. Die Verweisung deutet an, dafs die notwendig einheitliche Feststellung des § 59 gar nicht in Betracht kommt [1]). — Aufserdem könnte höchstens an ein Analogon zur notwendigen Streitgenossenschaft, nicht aber an einen Fall derselben gedacht werden. Der Nebenintervenient „gilt als“ Streitgenosse. Er ist es nicht wirklich und kann es nicht sein, da er nicht selbst Partei ist [2]). Er hat weder geklagt, noch ist er verklagt. Trotz seiner Selbständigkeit unterstützt er nur den Kläger oder Beklagten.

§ 2.

Einwirkung der Entscheidungen auf einander.

Wie die einheitliche Feststellung aus dem negativen Grunde für nötig erachtet wird, weil von verschiedenen Urteilen jedes das andere unmöglich mache, so wird sie

---

[1]) v. Amelunxen a. a. O. S. 76 ff.

[2]) Hachenburg a. a. O. S. 95; Seuffert a. a. O. § 66, Note 2.

auch aus dem positiven Grunde angenommen, weil eine Entscheidung die andere beeinflusse[1]).

Eine gegenseitige Beeinflussung ist nur denkbar, wenn es eine Wirkung der Entscheidung über den eigenen Prozeſs hinaus giebt. Solche wird von der überwiegenden Meinung behauptet als „Rechtskraft des Urteils für Dritte". Die Fälle aber, in denen eine Entscheidung über die Parteien hinaus wirken soll, sind mehr oder minder bestritten. Die am meisten anerkannten ergeben sich aus dem Miteigentum, dem Solidar- und dem Korrealverhältnis, also denselben Gemeinschaften, bei denen man Notwendigkeit einheitlicher Feststellung auch auf anderem Wege konstruiert.

Je nachdem die Entscheidung eine günstige oder ungünstige ist, und je nachdem die Gemeinschaft auf seiten des Klägers oder Beklagten besteht, lassen sich vier Gruppen bilden:

I. Entscheidung zu Gunsten eines von mehreren

1) Berechtigten.

Dahin gehören die von einem Miteigentümer, Korreal- oder Solidargläubiger erstrittenen Urteile[2]), insbesondere auch dasjenige, welches dem Grundstücksmiteigentümer eine Prädialservitut zuspricht.

2) Verpflichteten.

Das Hauptbeispiel ist die von einem Miteigentümer des dienenden Grundstücks durchgesetzte Ab-

---

[1]) Vergl. insbes. Gaupp a. a. O. § 59, Note 2. Bolgiano a. a. O. S. 160: „Die Fälle, in welchen ein streitiges Rechtsverhältnis den mehreren Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, sind nach gemeinem Recht diejenigen, in welchen die Rechtskraft ausnahmsweise über die Parteien und ihre Rechtsnachfolger hinaus für oder gegen Dritte wirkt".

[2]) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. VI, S. 479.

weisung des eine Servitut beanspruchenden Klägers [1])
Ferner ist hier zu nennen das absolutorische Urteil eines Korreal- oder Solidarschuldners [2]), sofern der Sieg nicht die Folge einer rein persönlichen Einrede ist wie der *exceptio pacti de non petendo personalis*. Dagegen erscheint eine erweiterte Wirkung ausgeschlossen für die Abweisung des Klägers, welche ein zu einer unteilbaren Leistung Verpflichteter erstritten hat [3]).

II. Entscheidung zu Ungunsten eines von mehreren

1) Berechtigten.

Das Erkenntnis, welches einen Korrealgläubiger abweist, wirkt — vorausgesetzt, dafs es nicht auf einem persönlichen Grunde beruht — auch hinsichtlich der übrigen Korrealgläubiger [4]). Aber keine erweiterte Rechtskraft hat die Entscheidung, durch welche ein Miteigentümer des herrschenden Grundstücks abgewiesen wird, so dafs die Miteigentümer trotz des früheren Urteils noch klagen können [5]).

2) Verpflichteten.

Die Entscheidung, welche einen Miteigentümer des dienenden Grundstücks zur Bestellung der Servitut verpflichtet, bindet den andern nicht [6]). Ebenso wirkt nicht die Niederlage eines auf eine unteilbare Leistung Belangten für die übrigen Mitverpflichteten [7]).

---

[1]) **Francke**, Die Nebenparteien der deutschen Civilprozefsordnnng, § 11.

[2]) **Windscheid** a. a. O. § 132, Note 4.

[3]) **Windscheid** a. a. O. § 299, Note 10.

[4]) **Windscheid** a. a. O. § 132, Note 6, und § 295 Note 8, aber bestritten.

[5]) **Windscheid** a. a. O. § 132, Note 6, auch bestritten.

[6]) **Windscheid** a. a. O. § 132, Note 5. S. dagegen **Savigny** a. a. O. S. 481.

[7]) **Windscheid** a. a. O. § 299.

Dagegen hat das verurteilende Erkenntnis gegen einen Korrealschuldner die Befreiung der übrigen Schuldner zur Folge[1] [2].

Die angeführten Wirkungen der Entscheidung über die Parteien hinaus erklären sich aber auch ohne die Annahme einer erweiterten Rechtskraft, und zwar aus dem Rechtsverhältnis, in welchem die Mitberechtigten bezw. Mitverpflichteten stehen. So ist die Wirkung des Urteils für und gegen die Korrealgläubiger und Korrealschuldner nichts als die Äufserung des Wesens der Korrealobligation, welche sich mit dem Urteil auf eine der in dem Gemeinschaftsverhältnis befindlichen Personen konzentriert. Mit der Rechtskraft des Urteils treten die übrigen aus dem Korrealverband[3]. Das Urteil wird für diese also gar nicht praktisch, darum kann man auch nicht sagen, dafs es für sie Wirkungen habe.

Mit der Solidarobligation verhält es sich nicht anders[4].

Auch die besonderen Wirkungen des Urteils über die Klage aus einer Obligation mit unteilbarer Leistung, wie Herausgabe einer Sache, Herstellung eines Werkes, finden ihre Erklärung in der Natur dieser Obligation. Kraft derselben soll nicht der eine oder der andere, sondern es

[1] Windscheid a. a. O. § 295.

[2] Alle, auch die vereinzelt angenommenen Fälle der erweiterten Rechtskraft anzuführen, war hier nicht der Ort. Wir glauben dieselben nach ihrer Bedeutung für die notwendige Streitgenossenschaft ausgewählt zu haben. Deshalb haben wir die für sie nicht in Betracht kommende Wirkung des Urteils über die Erbenqualität für den Legator unerörtert gelassen. Übrigens wird eine erweiterte Rechtskraft in Bezug auf diesen Fall heute fast allgemein verworfen. Vergl. Schultze, Nebenintervention, S. 24 ff. — Die Statusklagen sind im nächsten Paragraphen unter dem Gesichtspunkt der nicht blofs erweiterten, sondern absoluten Rechtskraft behandelt.

[3] Windscheid a. a. O. § 295 Note 8.

[4] Vergl. Windscheid a. a. O. § 298.

sollen alle Verpflichteten leisten, nur nicht mehr als die Herausgabe der einen Sache, die Herstellung des einen Werks. Deshalb bleiben sie solange, aber auch nur solange, bis die einmalige Leistung — gleichgültig von wem unter ihnen — erbracht ist, in dem Obligationsverhältnis [1]).

Endlich sind auch die vielgestaltigen Wirkungen der Entscheidung auf die von einem oder gegen einen Miteigentümer angestellten *actio confessoria* bezw. *negatoria* lediglich Konsequenzen der einfachen Regel über die einseitige Dispositionsgewalt des gemeinrechtlichen Miteigentümers. Danach soll die einseitige Verfügung nicht schaden, aber insoweit zulässig sein, als sie zum Nutzen des Grundstücks geschieht. Im Einklang hiermit ist in der Stelle der Quellen, welche für die erweiterte Rechtskraft des Urteils hauptsächlich angeführt wird, gerade nicht von erweiterter Rechtskraft, sondern davon die Rede, dafs der von einem Miteigentümer des herrschenden Grundstücks erfochtene Sieg auch dem andern Miteigentümer nütze [2]). Das einseitig erstrittene Urteil äufsert keine Art Reflexwirkung für diesen, sondern begründet schlechthin die Servitut. Die Frage nach einer erweiterten Rechtskraft kann also gar nicht auftauchen.

Konnte der allein klagende Miteigentümer die Bestellung der Servitut nicht durchsetzen, so hat dies überhaupt keinen Effekt für den andern Miteigentümer, weil jeder selbständig dem Grundstück eine Servitut erwerben kann.

Steht das dienende Grundstück im Miteigentum, und erwirkt der allein Belangte die Abweisung des Klägers, so ist es ebenfalls nicht die erweiterte Rechtskraft der Entscheidung, welche ein günstiges Ergebnis für alle Miteigen-

---

[1]) Windscheid a. a. O. § 299 noch Note 9.

[2]) *L. 4, § 3 D. 8, 5: Si fundus, cui iter debetur, plurium sit unicuique in solidum competit actio . . . . Itaque de iure quidem ipso singuli experientur et victoria et aliis proderit etc.*

tümer sichert. Denn selbst, wenn man annimmt, dafs der Kläger trotz der ersten Entscheidung gegen die übrigen siegreiche Erkenntnisse herbeiführen könne, darf er doch, solange als der Unbesiegte oder sein Rechtsnachfolger Miteigentümer des Grundstücks ist, die Servitut nicht ausüben. Dazu ist nötig, dafs alle Eigentümer des dienenden Grundstücks überwunden werden.

Nur die inkorrekte Anschauung, dafs es sich in diesen Fällen um die Beeinflussung der einen Entscheidung durch die andere handle, ist es, welche aus der sog. erweiterten Rechtskraft einen Beweis für die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung abzuleiten versucht. Stellen wir uns dennoch auf den Boden der nicht adoptierten Grundauffassung, um die Folgerungen näher zu prüfen! Man sagt, dafs da, wo ein Urteil für oder gegen den am Prozesse Nichtbeteiligten wirkt, die Entscheidung auch dann nur einheitlich ergehen könne, wenn dieser als Streitgenosse sich am Prozesse beteilige[1]. Sofort entsteht die Frage, welche Entscheidung die übrigen beeinflussen soll. Wenn dem Kläger A die Servitut siegreich bestritten, dem Kläger B gegenüber anerkannt wird, haben dann nicht die siegreiche Entscheidung des B und die nicht siegreiche des A an sich gleiche Kraft? Wollte man das erstere Urteil beiseite lassen, so würde man über den Streit des B mit dem Beklagten entweder überhaupt keine Entscheidung oder ein Urteil fällen, das mit dem Thatbestand im grassen Widerspruch steht.

Eine fernere Argumentation aus der erweiterten Rechtskraft des Urteils geht dahin, dafs, weil der später Klagende im Hinblick auf die frühere rechtskräftige Entscheidung abgewiesen werden würde, das Urteil für ihn nicht anders lauten könne, wenn er sogleich mitstreite. Gegen diese

[1]) Seuffert a. a. O. § 59, Note 3.

Schlufsfolgerung spricht einmal, dafs nicht gerade das erstergangene Urteil die konsumierende Wirkung zu haben braucht. Sodann ist es nicht ausgeschlossen, dafs das spätere Erkenntnis von dem früheren abweicht. Denn die Abweisung auf Grund eines früheren rechtskräftigen Urteils in derselben Sache kann nur dann geschehen, wenn sich in dem zweiten Prozefs von irgend einer Seite auf die frühere Entscheidung berufen wird. Wünscht keine der Parteien den Rechtszustand des früheren Urteils aufrecht zu erhalten, brauchen sie sicht nicht auf dieses zu beziehen und erzielen bei Gebrauch anderer Angriffs- und Verteidigungsmittel ein dem früheren vielleicht widersprechendes Urteil. Soweit das der Fall ist, tritt dasselbe an Stelle des früheren, soweit es sich aber mit diesem sachlich nicht deckt, gewinnt es neben ihm Bestand. Sind nun zufolge der unterlassenen Berufung auf das frühere Urteil zwischen denselben Parteien verschieden lautende Erkenntnisse nach einander möglich, so mufs dies um so mehr zugegeben werden, wenn verschiedene Personen nebeneinander streiten. Denn während dort schon eine Entscheidung existiert, welche durch eine andere event. zurückgedrängt wird, ist es hier noch nicht einmal zu einer Entscheidung gekommen, welche auf die andere einwirken könnte.

Die Entscheidung über den Streit des einen Genossen ergeht ohne Rücksicht darauf, wie der Prozefs des andern ausläuft. Dafs das Gegenteil aus der sog. erweiterten Rechtskraft zu folgern unberechtigt ist, dafür mag auch das Dasein des § 59 C. P. O. selbst angeführt werden. Nimmt man eine Einwirkung der Entscheidungen aufeinander an, so müfste die prozessuale Thätigkeit aller Genossen stets nur auf ein einziges Ziel hinarbeiten. Es bedürfte mithin auch blofs des Handelns von seiten eines Genossen. Jeder würde den andern durchweg vertreten können. Die Bestimmung des § 59 C. P. O., welche die Wirkung einer

Vertretung überhaupt erst und nur in gewissem Umfange ermöglichen will, wäre überflüssig[1]).

Schliefslich wird unsere Ansicht auch durch einen positiven Ausspruch des Gesetzes unterstützt. Der § 66 C. P. O., der gerade für Fälle der erweiterten Rechtskraft[2]) ein Analogon zur Streitgenossenschaft geschaffen hat, verweist nicht auf den Paragraphen der notwendigen, sondern der einfachen Streitgenossenschaft, auf § 58[3]), nach welchem einheitliche Entscheidung nicht notwendig ist.

§ 3.

Gebot gleicher Entscheidung.

Dem Begriff der erweiterten Rechtskraft stellt man den der absoluten Rechtskraft zur Seite. Die Fälle, in welchen die letztere Platz greifen soll, sind dieselben, für die v. Amelunxen[4]) Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung wegen des absoluten Charakters des festzustellenden Rechtsverhältnisses annimmt. Die einheitliche Entscheidung soll geboten sein bei

1) der Ehenichtigkeits- und der Anfechtungsklage gegen einen Entmündigungsbeschlufs,

2) den Statusklagen.

Die Ehenichtigkeitsklage richtet sich gegen beide Ehegatten, die nach der gemeinen Meinung notwendige Streit-

---

[1]) Freudenstein, Die Rechtskraft des Urteils, S. 277.

[2]) Hachenburg a. a. O. S. 94: „Der § 66 behandelt nur die Fälle der erweiterten Rechtskraft“.

[3]) Folgt man nicht der im Text vertretenen Ansicht, so gelangt man zu der Konsequenz, dafs der § 58 in § 66 irrtümlich zitiert sei. So bezeichnet v. Canstein, Zeitschrift für Civilprozefs, Bd. VIII, S. 238, die Verweisung auf § 58 geradezu als einen *„lapsus calami“*.

[4]) v. Amelunxen a. a. O. S. 64.

genossen werden, weil das Urteil die Aufhebung oder Nichtaufhebung der Ehe nur beiden Ehegatten gegenüber aussprechen könne. Es ist zwar zuzugeben, dafs die Entscheidung in derselben Weise für beide zu erfolgen hat, aber sie ist keine einheitliche im Sinne des § 59 C. P. O., keine gleichheitliche[1]). Denn sie ergeht über nur eine, wenn auch gegen mehrere Personen gerichtete Klage[2]). Diese greift nicht die Ehegatten selbst, sondern das konkrete Rechtsinstitut an, als dessen Vertreter die Ehegatten erscheinen. Die Ehe wird unter staatlichen Formen von einem Beamten geschlossen. Darum ist es auch *primo loco* Sache des Staates, der Ehe die ihr staatlicherseits verliehene Scheinexistenz zu nehmen. Das Auftreten eines Staatsorgans als Klägers ist aber schon ein Beweis dafür, dafs es sich in dem Prozefs nicht um einen Anspruch handelt, der einseitiger Parteiwillkür unterliegt[3]). Dies unterscheidet die Ehenichtigkeitsklage, wie die nachher zu besprechende Anfechtungsklage, von allen anderen vor dem Civilgericht verhandelten Klagen. Die Ehegatten verteidigen nicht Privatrechte, sondern den öffentlich rechtlichen Bestand der Ehe, und das bewirkt eine Einheit des Streitverhältnisses. Ist nun infolgedessen auch keine Mehrheit der Klagen vorhanden, über welche eine gleiche Entscheidung ergehen könnte, so fehlt die Grundbedingung jeglicher Streitgenossenschaft.

---

[1]) S. auch Hachenburg a. a. O. S. 105. A. M. die *communis opinio*, namentlich Barazetti, Annalen der badischen Gerichte 1883, S. 367.

[2]) Darauf, dafs die Klage gegen beide Ehegatten gerichtet werden mufs, kann hier nicht Gewicht gelegt werden. Denn, ob die Ehe durch einen oder durch beide Gatten vertreten werden soll, entscheidet der Machtspruch des Gesetzgebers.

[3]) Das öffentliche Interesse spricht mit. S. Förster-Eccius a. a. O. 4. Aufl., Bd. I, 1, S. 322; Kroll a. a. O. S. 337.

Die Anfechtungsklage gegen einen Entmündigungsbeschlufs will einen Ausspruch, den der Staat durch seine Vormundschaftsbehörde gethan hat, hinfällig machen. Somit begründet auch sie einen Streit nicht um ein rein privates, sondern zugleich öffentliches Interesse [1]). Dies äufsert sich darin, dafs die Klage gegen ein staatliches Organ, die Staatsanwaltschaft, zu richten ist, und hat zur Folge, dafs um der Einheit des öffentlichen Interesses willen trotz des Auftretens mehrerer Personen auf der klägerischen oder beklagten Seite von einer Mehrheit der Prozesse und darum von einer Streitgenossenschaft keine Rede sein kann.

Dasselbe erhellt aus der blofsen Interpretation des Gesetzes. Die Personen, welche neben der Staatsanwaltschaft auftreten können, werden „unter Mitteilung der Klage“ zum Termine geladen. Sie treten also in den Prozefs, nachdem Klage erhoben ist, ein. Sie erscheinen mithin nicht als Beklagte, sondern als eine Art Nebenintervenienten. Sie können wohl als Streitgenossen „gelten“, sind es aber in Wahrheit so wenig wie nach § 66 C. P. O. [2]).

Auf seiten des Klägers kann insofern eine Mehrheit von Personen vorkommen, als mehrere der Anfechtungsberechtigten (Entmündigter, Vormund, Verwandter) von ihrer Befugnis Gebrauch machen. Obwohl — wie ein Vergleich der §§ 605 Abs. 2 und 607 Abs. 2 lehrt — jeder kraft eigenen Rechts handelt, kämpft nicht jeder der Anfechtenden um ein besonderes eigenes Interesse. Es ist das Interesse des Staates — oder wenn man will des Entmündigten — das jeder, obwohl selbständig, wahrnimmt. Der Einheit dieses Interesses gemäfs ist eine einheitliche, aber keine gleichheitliche Feststellung und Entscheidung geboten, welche allein eine notwendige Streitgenossenschaft bedingt.

---

[1]) **Weismann** a. a. O. S. 103, Note 15.

[2]) **Hachenburg** a. a. O. S. 108.

Auf einem ganz andern Blatte stehen die Statusklagen. Denn mit ihnen wird, auch wenn das Urteil über die Privatpersonen hinaus Bedeutung hat, ein reines Privatinteresse geltend gemacht.

Die wichtigste Statusklage ist die auf Feststellung der Kindschaft[1]). Wenn X gegen die Eheleute A und B klagt, um als ihr Kind anerkannt zu werden, soll nach der gem. Meinung die Entscheidung nur einheitlich ergehen können. Nun hat aber X zweierlei nachzuweisen: 1) dafs B die Mutter, 2) dafs A der Vater ist Vaterschaft und Mutterschaft bestimmen sich nach verschiedenen Normen. Es kann sehr wohl sein, dafs X die letztere nachweist, während es ihm nicht gelingt, die erstere darzuthun. Das ist möglich ungeachtet der zwischen A und B bestehenden Ehe. Denn wenn diese auch erwiesen ist, so ist damit nur eine Präsumtion dafür begründet, dafs das in der Ehe geborene Kind vom Vater erzeugt ist. Die Präsumtion kann entkräftet werden. Gelingt das, dann endet der Prozefs den Streitgenossen gegenüber verschieden, und damit, dafs das Kind nur als solches der Mutter anerkannt wird und nur ihr gegenüber die Kindesrechte erhält.

Steht die Kindschaft der Mutter gegenüber fest und will X als eheliches Kind des A und der B anerkannt werden, so ist auch hier eine verschiedene Entscheidung nicht ausgeschlossen[2]). Das Kind kann z. B. als eheliches allein der Mutter gegenüber erachtet werden, weil sich im Prozefs erweist, dafs es aus einer früheren Ehe der Mutter stammt. Selbst wenn keiner der Gatten früher in einer Ehe lebte, können die Urteile verschieden lauten, da nichts hindert, dafs z. B. der eine Gatte den Anspruch des X

---

[1]) Hachenburg a. a. O. S. 106.

[2]) Hachenburg a. a. O. S. 106 unter Berufung auf Laurent, *principes du droit civil.*

zugiebt, während ihn der andere siegreich zurückweist. Dann würden dem X die Rechte eines ehelichen Kindes nur in Bezug auf einen Gatten zukommen.

Alle anderen Statusklagen führen schliefslich auf die Frage gemeinschaftlicher Abstammung zurück. Die Beziehungen der Seitenverwandten sind lediglich daraus abgeleitete. Das, was in dem früheren Urteil hinsichtlich der Kindschaft festgestellt ist, kann von entfernteren Verwandten, die darauf Rechte stützen, nicht umgestofsen werden. Darum braucht man aber noch keine erweiterte oder absolute Rechtskraft des Urteils anzunehmen. Denn dafs ein Urteil nicht bemängelt werden darf, ist nichts den Statusklagen Eigentümliches. Auch alle anderen rechtskräftigen Urteile können von dritten nicht angefochten werden. Die Rechtskraft des Urteils schafft eben Beweis für die Abstammung.

Aus der blofs abgeleiteten Natur der Verwandtenrechte folgt weiter, dafs über die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung hinsichtlich der übrigen Statusklagen nicht anderes gilt als hinsichtlich der Feststellung der Kindschaft. Wenn von X gegen M und N auf Anerkennung der Bruderschaft geklagt wird, kann M seinem Anerkenntnis gemäfs verurteilt werden, während N mit einer Einrede durchdringt. Setzt man mit v. Amelunxen[1]) gleich voraus, dafs M und N Brüder sind, dann beschränkt man zwar die Möglichkeit verschiedenen Ausgangs, aber man supponiert ein Stück von dem, was bewiesen werden soll, nämlich von dem, dafs X, M und N von einer Person abstammen.

[1]) v. Amelunxen S. 64 f.

Kapitel III.

Die „aus sonstigem Grunde" notwendige Streitgenossenschaft.

§ 1.

Ihr Begriff.

Mit den Worten „aus sonstigem Grunde notwendig" wird im § 59 C. P. O. die zweite Art der notwendigen Streitgenossenschaft eingeführt. Dieselbe findet, während die erste ohne weiteres voraussetzt, dafs auf einer Seite mehrere Personen streiten, ihr Kriterium in der Notwendigkeit den Streit mit andern zusammen zu beginnen.

Die Notwendigkeit zu einem gemeinsamen Eintritt in den Prozefs kann die Folge eines vom Richter oder von den Parteien ausgehenden Zwanges sein.

Der Richter hat aber nach positivem Recht kein direktes Mittel, um jemanden, der sein Recht nicht verfolgen will, zur Verfolgung desselben oder jemanden, der nicht vom Kläger belangt ist, zur Beteiligung an dem Verfahren zu nötigen. Denn die richterliche Adzitation[1]) hat eine Aufnahme in der C. P. O. nicht gefunden. Wo in vereinzelten Fällen die Beiladung von Personen, die am Verfahren nicht beteiligt sind, vorgeschrieben wird[2]), ist dieselbe, wie die Ladung überhaupt, lediglich Sache des Klägers[3]).

Die einzige Möglichkeit, die dem Richter gegeben sein könnte, den Beitritt von ursprünglich nicht am Prozefs

---

[1]) S. z. B. Martin, Lehrbuch, § 306; Renaud a. a. O. S. 114.

[2]) So §§ 60, 73 Abs. 1, 607 Abs. 3, 753 Abs. 3 C. P. O.

[3]) v. Wilmowski-Levy a. a. O. vor § 191, Note 1, Abs. 2. Die Ausnahme, dafs das Gericht laden zu lassen hat, tritt nur da ein, wo dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist. In den oben angeführten Paragraphen ist solches aber nicht erwähnt, mithin gilt die Regel: Ladung durch die Partei.

Beteiligten zu erzwingen, wäre eine indirekte durch Entscheidung auf die Klage. Eine solche wäre denkbar, entweder als Abweisung der Klage *a limine* oder *ab instantia*.

Inwiefern kann die erstere in Betracht kommen? § 230 Nr. 2 C P. O. verlangt, dafs die Klagschrift den Grund des erhobenen Anspruchs enthalte. Dazu bemerken die Motive: „Den Grund des erhobenen Anspruchs oder den Klaggrund bilden diejenigen Thatsachen, welche nach Mafsgabe des bürgerlichen Rechts an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen — die rechtsbegründenden Thatsachen [1])". Demgemäfs könnte man, wenn ein Anspruch nicht blofs für den einen Kläger oder gegen den einen Beklagten entstanden ist, bei Nichtausdehnung des Rechtsstreits auf alle Berechtigten oder Verpflichteten einen Mangel in der Angabe des Klaggrundes finden und zwar wegen nicht genügender Substantiierung der Klage. Angenommen, dies träfe zu, so ist doch die Zurückweisung der Klage *a limine* unstatthaft. Denn der Richter ist verpflichtet, auch auf eine unvollständige Klage, sofern nur die Formalien, wie z. B. Unterschrift, beobachtet sind, den Verhandlungstermin anzuberaumen [2]). Es kann ihm nicht das Recht eingeräumt werden, die Beobachtung der nicht formalen Erfordernisse der Klage vor der Verhandlung zu prüfen, weil sonst ein unberechtigter Unterschied zwischen einer unzureichenden Klageschrift und dem Mangel einer anderen Prozefsvoraussetzung gemacht würde.

Wegen einer untauglichen Klageschrift kann nur die Abweisung des Klägers in der Verhandlung durch Urteil erfolgen [3]). Hier allerdings von Amts wegen. Es fragt sich

[1]) Motive S. 182.

[2]) S. Seuffert a. a. O. § 193, Note 2; v. Wilmowski-Levy a. a. O. § 193, Note 4, und die daselbst Angeführten.

[3]) Seuffert a. a. O. § 230, Note 4.

aber, ob in der Unterlassung einer Heranziehung von allen Berechtigten bezw. Verpflichteten ein Mangel in der Klagerhebung zu finden ist. Aus den Ausführungen Krolls[1]) geht hervor, dafs dieser hierin einen derartigen Mangel sieht, weil er die Substantiierung der Klage nach § 230, 2 für erforderlich hält. Obwohl auch die Motive auf letzteres hinweisen, so können wir doch mit Seuffert[2]) u. a. die Substantiierung für nötig nicht erachten. Denn das Gebot derselben widerspricht dem Charakter der Mündlichkeit unseres heutigen Verfahrens. Das sind schon Gründe, welche bei der Voraussetzung, dafs die Nichtausdehnung der Klage auf alle Berechtigten bezw. Verpflichteten einen Mangel in den Erfordernissen der Klage begründe, eine Abweisung derselben nicht rechtfertigen. Die Voraussetzung selbst trifft aber nicht einmal zu. Denn die Klage ist, wie oben dargelegt, eine Beziehung von Person zu Person. Aus dem Rechtsverhältnis des Klägers zu anderen Personen oder des Nichtklägers zu dem Belangten kann nicht der Grund des erhobenen Anspruchs abgeleitet werden. Es ist genug geschehen, wenn das Rechtsverhältnis des Klägers zu dem einen Belangten erwähnt ist. Wegen der Nichtheranziehung aller Berechtigten bezw. Verpflichteten kann mithin der Richter auch nicht die Klage in der angebrachten Art von Amts wegen zurückweisen[3]).

Die einzige Möglichkeit eines richterlichen Zwangs zur Bildung einer Streitgenossenschaft ist die Vereinigung mehrerer Prozesse durch Gerichtsbeschlufs[4]). Die infolgedessen als Genossen Streitenden waren aber bereits Kläger oder Beklagte, während es hier nicht auf die Notwendigkeit der Vereinigung, sondern auf die Notwendigkeit des

---

[1]) Kroll a. a. O. S. 139 f.

[2]) Seuffert a. a. O. § 230, Note 3, Nr. IV. Daselbst weitere Zitate.

[3]) A. M. Kroll a. a. O. S. 140.

[4]) § 138 C. P. O.

gemeinsamen Eintritts in den Prozefs d. h. darauf ankommt, ob es möglich ist zu prozessieren, wenn nicht noch gewisse andere Personen im Prozefs auftreten[1]). Scheiden wir diesen Fall aus, so bleibt keiner, in dem der Richter die Bildung der Streitgenossenschaft forcieren könnte.

Ein Zwang könnte also nur durch eine der Parteien geschehen. Hinsichtlich des Klägers kommt, da er nach Willkür verklagen kann, blofs in Frage, ob er andere zur Mitklage zwingen darf. Dazu sind ihm aber keine Machtmittel gewährt, auch da nicht, wo er ausnahmsweise gewisse Personen laden mufs[2]). Folgen dieselben der Ladung nicht, geht der Prozefs ohne sie vor sich. Von ihrem Ausbleiben hängt nicht die Möglichkeit seines Sieges ab.

Wichtiger ist der vom Beklagten ausgehende Zwang, wonach es dem Kläger, der nicht mit allen Berechtigten oder gegen alle Verpflichteten klagt, unmöglich ist, den Prozefs durchzuführen. Derselbe besteht in der Geltendmachung einer prozefshindernden Einrede. Das ältere gemeine Recht gab als solche dem Beklagten die *exceptio plurium litisconsortium.* Aber schon im späteren gemeinen Recht wurde sie vielfach beschränkt und von einer Richtung desselben überhaupt verworfen. Unser heutiger Civilprozefs kennt sie nicht[3]). Unter den prozefshindernden Einreden ist sie, wie alle Prozessualisten übereinstimmend zugeben, nicht aufgenommen[4]), und zwar mit Recht, da sie die Freiheit

---

[1]) Vergl. Planck a. a. O. S. 397.

[2]) So §§ 607 Abs. 3, 753 Abs. 3 C. P. O.

[3]) Puchelt a. a. O. Bd. I, S. 249: „Nirgends giebt die Civilprozefsordnung dem Beklagten das Recht um deswillen, weil nicht alle Beteiligten klagen oder verklagt sind, die Zurückweisnng der Klage oder die Ausdehnung des Rechtstreits auf die andern zu fordern."

[4]) Seuffert a. a. O. § 59, Note 3 b; Hellmann a. a. O. S. 235 f. Letzterer bemerkt, dafs heute nur noch Kroll a. a. O.

des Klägers Prozefs zu führen, in nicht zu billigender Weise beeinträchtigen würde.

Nun kann es allerdings Rechtsverhältnisse geben, aus denen nur für oder gegen eine Mehrheit ein Klagrecht erwächst, so dafs, wenn ein einzelner klagt oder ein einzelner verklagt wird, auf eine Einrede des Beklagten hin die Abweisung des Klägers erfolgt. Aber diese Einrede hindert nicht den Prozefs und nötigt nicht zur Streitgenossenschaft[1]). Sie ist lediglich eine materielle. Es steht nichts im Wege, auch sie *exceptio plurium litisconsortium* zu nennen, vorausgesetzt, dafs man sich bewufst bleibt, dafs sie nicht formeller, sondern materieller Natur ist. Mit ihr wird behauptet, dafs der Kläger auf mehr klage, als er allein zu beanspruchen oder von dem allein Beklagten zu fordern habe. Die *exceptio plurium litisconsortium* in diesem Sinne ist eine Spezies der *exceptio pluris petitionis.* Somit ist sie nicht nur die Behauptung ungenügender Sachlegitimation[2]), sondern mehr als das, ein selbständiger Gegenangriff[3]).

S. 199 an der gemeinrechtlichen *exeptio plurium litisconsortium* festhalte. Das trifft nicht zu. Auch Kroll a. a. O. S. 140 verneint sie als prozefshindernde Einrede. Aber er bringt mit Unrecht die materielle *exceptio pl. litisc.* in historischen Zusammenhang mit der *exceptio pl. litisc.* des gemeinen Rechts. Er hat übersehen, dafs die von der gemeinrechtlichen Doktrin anerkannten Fälle *l. 2, D. 11, 2* und *Nov. 99, cap. I, § 1* nur Reste einer absterbenden Entwickelung der prozessualischen *exceptio pl. litiscons.* sind.

[1]) v. Wilmowski-Levy a. a. O. § 59, Note 2.

[2]) So wird sie von der *communis opinio* aufgefafst, vergl. Planck a. a. O. S. 399; Petersen a. a. O. § 59, Note I, 2; besonders Wasmuth a. a. O. S. 506: „Die *exceptio plurium litisconsortium* gestaltet sich als Einrede der aktiven oder passiven Sachlegitimation und berührt das Gebiet der Streitgenossenschaft überhaupt nicht.“

[3]) Hellmann a. a. O. S. 236.

Wo der Kläger sich eines solchen zu gewärtigen hat, wird er, wenn er nicht vergeblich klagen will, in die Lage versetzt, sich mit allen Berechtigten zur Klagerhebung zu verbinden bezw. die Klage gegen alle Verpflichteten anzustrengen. Insofern kann man, obwohl ungenau, immerhin von einer Notwendigkeit mit mehreren oder gegen mehrere zu streiten, sprechen. Doch diese Notwendigkeit liegt nicht im Prozeſs-, sondern in dem Civilrecht.

Kennt das letztere Rechte, welche für oder gegen mehrere Personen entstehen, ohne daſs sie von einem oder gegen einen Einzelnen im Prozeſs verfolgt werden können? Wird die Beantwortung der Frage auch nicht dem Prozeſsrecht entnommen, so berührt sie unseren Gegenstand zu sehr, als daſs wir uns derselben entziehen könnten.

§ 2.

Die einzelnen Fälle.

Die Rechtsverhältnisse, für welche die *exceptio plurium litisconsortium* als civilrechtliche Einrede gelehrt wird, sind zum Teil dieselben, die man für die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung anführt.

Auch hier spielt die Unteilbarkeit eine Hauptrolle. Nach Kroll[1]) steht die Einrede dem Beklagten zu bei Unteilbarkeit der Leistung im Gegensatz zur bloſsen Unteilbarkeit des geschuldeten Gegenstandes. Letztere soll nicht genügen, weil an Stelle desselben das Interesse treten, und der unter mehreren Verpflichteten allein Belangte immerhin auf eine Quote jenes Betrags verurteilt werden könne. Eine verschiedene Behandlung, je nachdem der geschuldete Gegenstand oder die zu erbringende Leistung unteilbar sei, ist nun nicht gerechtfertigt. Denn schon für

---

[1]) **Kroll a. a. O. S. 142 f.; auch Puchelt, Civilprozeſsordnung, Note zu § 59.**

das römische Recht wird mit Recht bestritten, dafs die Geldkondemnation auf die Forderung eines unteilbaren Gegenstandes den Schuldner zu seinem Teil getroffen habe und demgemäfs bei Belangung eines von mehreren Schuldnern nur die Alternative, entweder Verurteilung auf das Ganze oder Abweisung, gelassen sei[1]). Für das heutige gemeine Recht ist es hinsichtlich der juristisch unteilbaren Obligationen wie Bestellung einer Prädialservitut unbestritten, dafs der einzelne Verpflichtete *in solidum* zu verurteilen ist[2]). Das Gleiche mufs aber auch für die Obligationen mit faktisch unteilbarem Gegenstand gelten. Die faktische Unteilbarkeit kann ihren Grund haben 1) in der realen Unteilbarkeit der geschuldeten Sache, 2) in der Verpflichtung zu einem *facere* und 3) in der Berechtigung zur Auswahl. Was die beiden ersten anlangt, so dürften v. Savigny[3]) hinsichtlich der Obligation auf alle und Ubbelohde[4]) in Bezug auf die positiven unteilbaren Leistungen bewiesen haben, dafs nicht der geringste Anlafs vorliegt, sie anders zu behandeln als die Obligation auf Bestellung einer Prädialservitut. Wetzell führt noch zur Begründung an, dafs, falls nicht jeder der zu einem Thun Verpflichteten die ganze Leistung schulden solle, die Leistung als Gegenstand der vereinigten Klagen geteilt gedacht werden müsse, was aber juristisch unmöglich sei[5]). Danach könne dem Kläger, der unter mehreren Verpflichteten

---

[1]) Vergl. Windscheid a. a. O. § 299, Note 7.

[2]) *L. 2 § 2 D. 45, 1; l. 25 §§ 9 ff. D. 10, 2; l. 17 D. 8, 1.* S. auch Windscheid a. a. O. Note 7, a. Wetzell a. a. O. S. 773 f.

[3]) v. Savigny a. a. O. § 34.

[4]) Ubbelohde, Die Lehre von den unteilbaren Obligationen, S. 76 ff.; S. 251 ff.

[5]) Wetzell a. a. O. S. 775.

einen herausgreift, die *exceptio plurium litisconsortium* nicht entgegengesetzt werden [1]).

Ebensowenig ist dies möglich, wenn von mehreren Berechtigten einer allein klagt. Es giebt keine Verbindlichkeiten zu einer unteilbaren Leistung, deren Erfüllung nur von mehreren zusammen klagweise durchgesetzt werden könnte. Wohl ist der Gläubiger, der nicht in Gemeinschaft der übrigen vorgeht, dem Schuldner auf Verlangen zu einer Kaution verpflichtet [2]). Die Verpflichtung wird aber nur praktisch bei der Erfüllung der Forderung. Sie alteriert nicht die Verurteilung des Beklagten, wonach diesem jedenfalls unter der Bedingung, dafs der Kläger Kaution stelle, die Leistung aufzuerlegen ist. Die Kaution hat mit dem Anspruch, welchen der Kläger erhebt, nichts zu thun, und dient lediglich als Schutzwall gegen die Ansprüche der übrigen Berechtigten. Wenn auf andere Weise z. B. durch eine schriftliche Erklärung der letzteren dem Schuldner eine ausreichende Garantie gegeben wird, bedarf es ihrer nicht. Ist mithin schon ohnedies bei Auftreten nur eines Berechtigten für die *exceptio pl. litisc.* kein Platz, so ist sie vollends haltlos, wenn zugleich mit der Klage Kaution geleistet wird.

Die in dem Wahlrecht liegende Unteilbarkeit bietet nichts Besonderes. Darf nach Wahl einer von zwei Gegenständen gefordert werden, und steht ein solches Wahlrecht mehreren Gläubigern zu, kann dennoch der einzelne seinen Anspruch durchführen. Klagt er, so wird die Obligation auf einen Gegenstand konsolidiert [3]). Damit aber ist das Wahlrecht für alle Gläubiger erloschen. Der Beklagte mufs

---

[1]) Das ist das Gegenteil von dem Resultat, zu dem Kroll a. a. O. S. 143 kommt.

[2]) *L. 1, § 36* und *l. 14, pr. D. 16, 3.*

[3]) Windscheid a. a. O. § 255, Nr. 4 und Note 10.

sich mithin auf den Prozeſs des allein klagenden Gläubigers unter denselben Voraussetzungen einlassen, unter denen er es ohne des Gläubigers Wahlrecht müſste.

Wetzell neigt zu der gegenteiligen Ansicht. Aus den Belegstellen des *corp. iur.*, auf die er sich beruft[1]), läſst sich mindestens kein allgemeiner Schluſs ziehen. Sie handeln nur von dem Wahlrecht, das vom Erblasser auf die Erben übergegangen ist. Insofern wird Übereinstimmung aller Gläubiger gefordert. Dies erklärt sich aber daraus, daſs das Wahlrecht an der Person haftet und nicht geteilt werden kann. Wird nun doch eine Übertragung desselben auf die Erben angenommen, so geschieht das in der Fiktion, daſs der Erblasser in der Gesamtheit seiner Erben fortlebt. Darum ist nötig, daſs auch diese Gesamtheit sich über dasselbe einigt. Wird ohne vorausgehende Einigung von einem Gläubiger Klage angestellt, so ist das Wahlrecht, das er allein nicht vornehmen kann, noch nicht vorgenommen. Der Beklagte hat dann allerdings das Recht einer Einrede, welche die Abweisung des Klägers zur Folge hat. Die Einrede ist auch eine *exceptio pluris petitionis*, aber nicht die *exceptio pl. litiscons.*[2]). Die Zuvielforderung liegt nicht darin, daſs der Gläubiger allein, sondern darin, daſs er zu früh klagt, nämlich vor der rechtsgültigen Ausübung des Wahlrechts. Der Einzelne ist nicht zu wählen allein berechtigt, wohl aber zu klagen. Dies erhellt auch daraus, daſs man in die Wirksamkeit der Klage des Einzelnen keinen Zweifel setzt, wenn er die Zustimmung seiner Mitberech-

[1]) Wetzell a. a. O. S. 771, Note 54. *L. 31, § 5, D. 21, 1; l. 84, § 13, D. 30, 1.*

[2]) Auch Wetzell nimmt keine *exceptio pl. litiscons.* an; doch deshalb, weil er diese und die *exceptio pluris petitionis* einander entgegensetzt. In der einzig denkbaren Bedeutung ist jene aber eine Abart der *exceptio pluris petitionis.*

tigten, also den Beleg erbringt, dafs in Bezug auf die Auswahl eine Einigung stattgefunden hat [1]).

Steht das Wahlrecht dem Schuldner zu, so kann dieser überhaupt nicht, selbst nicht bei Belangung eines unter mehreren Erben, die Abweisung des Klägers deshalb verlangen, weil nicht er allein zur Auswahl des geschuldeten Gegenstandes berechtigt sei. Denn dem Gläubiger gegenüber kommt nur seine Pflicht zur Leistung in Betracht. Leistet er von alternativ oder *in genere* geschuldeten Objekten dasjenige, wofür er die Zustimmung der übrigen Mitverpflichteten nicht eingeholt hat, kann er wohl den Genossen gegenüber verantwortlich werden, aber das berührt nur das innere Rechtsverhältnis zwischen den Schuldnern [2]).

Die Obligation auf eine unteilbare Leistung erscheint nach unserer Auffassung lediglich als eine, wenn auch besonders geartete Solidarobligation. Für sie kann die *exceptio pl. litiscons.* nicht behauptet werden, da bei ihr unbestritten jeder Schuldner, ohne Rücksicht auf seine Mitschuldner, das Ganze zu leisten verpflichtet ist [3]). Und jeder Gläubiger kann, sofern eine Mehrheit auf der Gläubigerseite existiert, die ganze Forderung einziehen. Er empfängt sogar das Ganze, ohne seinerseits Kaution stellen zu müssen.

Mehr als die Solidar- wird die Korrealobligation im Zusammenhang mit der *exceptio pl. litiscons.* genannt. Was aber die passive Korrealobligation anlangt, so kann nach ausdrücklichem Zeugnis der gemeinrechtlichen Quellen der einzelne Schuldner auf die ganze Summe verklagt

---

[1]) Vergl. v. Kries a. a. O. S. 46.

[2]) Durch die Klage wird bei einem Wahlrecht des Schuldners die Obligation nicht auf einen Gegenstand konzentriert. Vergl. Windscheid a. a. O. §. 255, Nr. 1 ff.

[3]) Windscheid a. a. O. § 298.

werden[1]). Kroll[2]), der dies im allgemeinen zugiebt, nimmt die *exceptio pl. litiscons.* für die Korrealobligationen an, bei denen alle für einen und einer für alle haften. Sie soll also begründet sein, wenn die Mitschuldner die Verpflichtung nur gemeinschaftlich zu erfüllen übernommen haben. Nach römischem Recht liegt aber dann überhaupt keine Korrealobligation mehr vor, da eine solche Vereinbarung ihrem Wesen widersprechen würde. Eine solche Vereinbarung kann nur als eine Beschränkung des Klagrechts des Gläubigers gedeutet werden, und als Verzicht auf die sonst gegebene Möglichkeit, einen einzelnen Schuldner zu belangen. Ihre Folge ist allerdings die Gewährung einer Einrede für den allein beklagten Schuldner. Diese Einrede erwächst aber aus der besonderen Verabredung. Sie hat nur Bestand, soweit die Vereinbarung zulässig ist, darum nicht, wenn diese wegen mangelnden Interesses nichtigt ist. Weil die Einrede in der besonderen Vereinbarung begründet ist, erscheint sie nicht als *exceptio pl. litiscons.*, sondern als *exceptio doli.*

Auch bei der aktiven Korrealobligation kann der Schuldner nicht durch Einrede die Klage unwirksam machen. Jeder Korrealgläubiger hat nach gemeinem Recht unbestritten das Recht, ohne an seine Mitgläubiger gebunden zu sein, Klage anzustrengen[3]). Dagegen bestimmt das preufsische Landrecht T. I Tit. 5 § 450: „Hat sich jemand in einem Vertrage mehrerer Personen zu einer und eben derselben Sache oder Leistung verpflichtet, so können die Mitberechtigten das gemeinschaftliche Recht nur gemeinschaftlich ausüben.“ Trotz dieses Wortlauts bemühten sich Theorie und Praxis dem einzelnen Gläubiger ein Klagrecht zu gewähren. Eine Ansicht, die sich nur schwach auf T. I Tit. 5

[1]) *L. 3, § 1, D. 46, 2.*
[2]) Kroll a. a. O. S. 144.
[3]) Windscheid a. a. O. § 293.

§ 4 Nr. 7 A. G.-O. stützen liefs[1]), und die dahin ging, das Klagrecht wenigstens dann zu geben, wenn die Leistung eine teilbare sei, adoptierte man, „weil dieselbe geeignet sei an Stelle des Unvernünftigen etwas Vernünftiges zu setzen“[2])! Von anderer Seite wurde ein Individualrecht konstruiert, ein Recht des einzelnen Gläubigers auf Klage, sobald diese im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger erhoben sei[3]). Derartige Versuche zeigen zwar, wie wenig die Gesamtklage den Bedürfnissen entspricht, verdienen aber nach dem, wie einmal das Gesetz lautet, keine Anerkennung[4]). Der Alleinkläger ist danach um seiner Alleinklage willen einer Einrede von seiten des Beklagten ausgesetzt. Mithin dürfte hier in der That ein Fall der *exceptio pl. litiscons.* vorliegen[5]).

Der Miteigentümer kann über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache nicht allein verfügen. Daraus aber ist nicht die Unmöglichkeit der Alleinklage zu folgern. Wie v. Savigny[6]) nachgewiesen hat, ist auch der einzelne Miteigentümer zu einer dinglichen Klage wie der *actio confessoria* befugt. Infolgedessen kommt sein Sieg der Sache in ihrer Gesamtheit zu gute. Auch wenn das Miteigentum auf seiten des Beklagten besteht, kann nicht wegen der Alleinbelangung der Klage eine zerstörliche Einrede entgegengesetzt werden. Der Kläger erstreitet die Servitut, freilich nur dem einen Beklagten gegenüber, da der einzelne Miteigentümer das Grundstück nicht zu belasten vermag[7]).

---

[1]) Koch, Recht der Forderung, S. 27, Anm. 20 a.

[2]) Förster-Eccius a. a. O. § 63, Note 37. Ansicht Försters.

[3]) Entsch. d. Obertrib. Bd. 22, S. 136; Bd. 40, S. 463.

[4]) Förster-Eccius a. a. O. § 63 Note 37 a. E. Ansicht v. Eccius.

[5]) So auch Kroll a. a. O. S. 144.

[6]) v. Savigny, System, Bd. VI, S. 479 f.

[7]) S. oben S. 91 f.

Der *code civil*[1]) und der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs[2]) folgen dem römischen Recht.

Dagegen wird das Miteigentum des preufsischen Landrechts von dem Princip beherrscht, dafs die Mitberechtigten nur gemeinsam klagen und die Mitverpflichteten nur gemeinsam verklagt werden sollen, bietet also ein weites Gebiet für die *exceptio pl. litiscons.* Der einzelne könnte höchstens Kläger sein nach den Grundsätzen und mit den Wirkungen einer vermuteten Vollmacht[3]). Die Praxis hat sich aber hiermit nicht begnügt und ihm ein selbständiges Klagrecht gegeben, soweit „dadurch die Rechte der Miteigentümer nicht beeinträchtigt werden"[4]). Den Beklagten hält man allein aufzutreten nur in einzelnen Fällen legitimiert. Doch ist die Praxis auch hier zu verallgemeinern geneigt[5]).

---

[1]) Vergl. Zachariae v. Lingenthal a. a. O. Bd. I, S. 512: „Ein jeder einzelner Miteigentümer hat in Beziehung auf seinen Anteil am Eigentnme alle die Rechte, welche in dem Eigentume überhaupt enthalten sind; und zwar so, dafs er bei der Ausübung dieser Rechte an die Zustimmung der übrigen Miteigentümer nicht gebunden ist. Dasselbe gilt von den Gläubigern eines Miteigentümers." Ebenda Note 5: „Jeder Miteigentümer kann seine Rechte selbständig verfolgen."

[2]) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. dentsche Reich, Bd. III, S. 433 ff.

[3]) Förster-Eccins a. a. O. 3. Bd., 6. Aufl., S. 314 f. Heffter, Civilprozefs für die preufsischen Staaten, 1856, S. 56, Note 1, der die Einrede aus der Eigentümlichkeit des preufsischen Miteigentums erklärt, mithin weitentfernt ist, sie überhaupt beim Miteigentum anzunehmen.

[4]) Auch das Reichsgericht hat den einzelnen Miteigentümer zur Anstellung der *actio confessoria* und *negatoria* für legitimiert erachtet. Entscheid. vom 23. Jan. 1884. Gruchots Beiträge, Bd. 28, S. 947.

[5]) S. v. Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen des allgem. Landrechts, 7. Ausg., Bd. II, S. 324 ff.

Das Gesamteigentum setzt trotz seiner Bezeichnung keineswegs die Notwendigkeit gemeinschaftlicher Klageerhebung durchweg voraus. Vielfach genügt die Handlung eines für die Gesamtheit, so des Ehemanns bei der allgemeinen Gütergemeinschaft — wenigstens nach verbreiteter Ansicht [1]). Manche Lokalgesetze lassen den Ehemann allein verfügen über alles, mit Ausnahme der Immobilien [2]). Soweit die Handlung des einzelnen Gesamteigentümers ungültig ist, kann dieser nicht allein wirksam klagen oder verklagt werden. Insoweit ist die *exceptio pl. litiscons.* und damit die notwendige Streitgenossenschaft begründet.

Wie bei dem Miteigentum, so giebt auch bei der Miterbschaft des gemeinen Rechts die Thatsache, dafs ein einzelner klagt oder verklagt wird, dem Beklagten keine Einrede, der zufolge die Klage abgewiesen werden müfste. Denn jeder Erbe handelt selbständig [3]).

Im Gegensatz zum römischen Recht bestimmt jedoch das preufsische, dafs vor Teilung der Erbschaft die Erbschaftsforderungen nur gemeinschaftlich einzuziehen, zur Zahlung der Erbschaftsschulden die Miterben nur gemeinschaftlich verpflichtet seien [4]). Damit mufs man die *exceptio pl. litiscons.* für begründet erachten. Demnach hat die Praxis auch hier ein Individualrecht konstruiert [5]), wonach der Miterbe allein handeln und den Prozefs betreiben kann, sofern es im Interesse der Gesamtheit geschieht [6]).

---

[1]) Beseler, System des gem. deutschen Privatrechts, 4. Aufl., I. Abt., S. 325. Roth, System des deutschen Privatrechts, II. Teil, S. 83, und die in den Noten daselbst angeführten.

[2]) Stobbe a. a. O. S. 215. Roth a. a. O. S. 83.

[3]) Windscheid a. a. O. § 608.

[4]) Allgem. Landrecht, Teil I, Tit. 17, § 151.

[5]) Förster-Eccius a. a. O. § 211, 4. Aufl., S. 631 ff. Kroll a. a. O. S. 147 f. Entsch. des Reichsgerichts vom 20. Jan. 1880 und 21. Mai 1883. Justizministerialblatt 1883, S. 294.

[6]) S. Förster-Eccius a. a. O. § 271, Note 35 ff.

Die Miterbschaft des französischen Rechts enthält nichts von der Notwendigkeit einer gemeinsamen Klageerhebung bezw. Belangung der Miterben[1]. Jeder Miterbe ist aktiv selbständig im Verhältnis zu seinen Erbteil zur Klage berechtigt und kann im Gegensatz zum preufsischen Recht *pro rata* Forderungen einziehen. Passiv haftet jeder Miterbe ebenso im Verhältnis seines Anteils schlechthin. Er mufs sich also gefallen lassen, dafs er allein auf die Schuld verklagt wird[2].

Selbst auf den Art. 1670, der die Miterbschaft wenigstens mitbetrifft, kann man sich nicht berufen. Der Artikel handelt vom Wiederkauf eines von den Miteigentümern oder dem Erblasser mehrerer Erben verkauften Grundstücks. Jeder Verkäufer bezw. jeder Erbe soll die Klage nur auf seinen Teil anstellen dürfen. Jedoch kann der Erwerber verlangen, dafs alle Mitkäufer oder alle Miterben *„soient mis en cause afin de ce concilier entre eux pour la reprise de l'héritage entier; et s'ils ne se concilient pas, il sera renvoyé de la demande"*. Aus diesen Worten hat man vielfach gefolgert, dafs eine Klage nur möglich sei, wenn alle Verkäufer bezw. Erben als Kläger auftreten[3]. Aber mit Unrecht. Denn was der Artikel vorschreibt, ist nicht eine gemeinsame Klageerhebung, sondern eine *concialition.* Die Verkäufer bezw. Miterben müssen sich, wenn einer klagen will, über die Mitklage schlüssig machen. Verzichten aber einzelne auf die Klageerhebung, so steht nichts im Wege, dafs die übrigen klagen. Denn mit dem Verzicht auf die Klage, verzichten sie auf die Ausübung des Wiederkaufsrechts Für sie bleibt es beim Verkauf Das Grundstück fällt dann nur an diejenigen, welche von ihrem Klagrecht Gebrauch machen.

---

[1] A. M. z. B. Seuffert a. a. O. § 59, Note 3 b.

[2] Zachariä v. Lingenthal a. a. O. Bd. IV, S. 120 f. u. 177.

[3] So z. B. Seuffert a. a. O. § 299, 3; Petersen, Civilprozefsordnung, § 59, Note I, 2, Anm. 1.

Durch den Verzicht wird den Klägern ein Hindernis aus dem Wege geräumt, sodafs ihr Wille allein zur Durchführung gelangt. Da aber dann ein Wille mafsgebend wird, ist eine *conciliation* im Sinne des Art. 1670 vorhanden [1]) Deshalb kann der Beklagte den Verkäufern bezw. Miterben, welche ohne diejenigen klagen, welche verzichtet haben, eine Einrede überhaupt nicht entgegensetzen. Wird aber geklagt, bevor sich die Gesamtheit der Verkäufer oder Miterben schlüssig gemacht hat, kann er zwar eine Einrede vorschützen, aber diese ist nicht die *exceptio pl. litiscons.*, sondern eine andersartige *exceptio pluris petitionis.* Denn die Mehrforderung besteht nicht darin, dafs die andern nicht mitklagen. Sie besteht vielmehr darin, dafs vorzeitig geklagt wird, zu einer Zeit, in der eine Entschliefsung aller Verkäufer oder Miterben noch nicht stattgefunden hat.

In den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs hat die gemeinrechtliche Auffassung der Miterbschaft Eingang gefunden [2]), sodafs auch darin die *exceptio pl. litiscons.* nicht gegründet ist.

Von andern Rechtsinstituten, welche begrifflich eine Mehrheit von Personen voraussetzen, bieten weder die Korporation und die Erwerbsgenossenschaft, noch die Gesellschaft ein Beispiel für diese Einrede. Die beiden ersten bilden eine über den Mitgliedern stehende Einheit. Und die Gesellschaft hat auf das Verhältnis der Gesellschafter zu dritten überhaupt keinen Einflufs [3]).

Über das Wesen des Vereins streitet man. Hält man dafür, dafs er einer juristischen Person analog zu behandeln sei, so ist von einer *exceptio pl. litiscons.* keine Rede. Nach anderer Ansicht soll die Klage entweder gegen alle ein-

---

[1]) S. namentlich Troplong, *De la vente (Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code)* zu Art. 1670, Nr. 750 ff.

[2]) Motive zu dem Entwurfe, Note zu § 2151 ff.

[3]) Windscheid a. a. O. § 407.

zelnen Mitglieder des Vereins oder gegen den Vorstand angestellt werden[1]. Ist der Vorstand zu belangen, steht natürlich dem verklagten Vereinsmitglied eine Einrede, aber nicht die *exceptio pl. litiscons.* zu. Aber auch dann, wenn die Klage gegen alle Vereinsmitglieder zu richten ist, erscheint der Beklagte nicht in Verbindung mit anderen als der richtige Beklagte, sondern überhaupt nicht. Denn Beklagter ist nicht die Gesamtheit als solche, sondern die Gesamtheit als Vertreterin des Vereins.

Die Handelsgesellschaft klagt und wird verklagt unter der Firma, die von jedem Gesellschafter in ihrer Gesamtheit vertreten wird. Eine Einrede hat danach der einzelne Gesellschafter nicht. Betrachtet man die Gesellschafter als Subjekt des Vermögens, so ist das Verhältnis der Gesellschafter unter einander das der Korreal-Gläubiger bezw. Schuldner[2]. Die Korrealität läfst aber ebenfalls keine *exceptio pl. litiscons.* zu.

Aus keinem der besprochenen gemeinrechtlichen Rechtsinstitute selbst geht die *exceptio* hervor. Dies wird auch von fast allen neueren Schriftstellern anerkannt, aber die Einrede auf Grund ausdrücklicher Vorschrift bisweilen für die zwei Fälle behauptet[3], in denen Wetzell an der prozessualischen *exceptio pl. litiscons.* festhielt, nämlich bei Belangung 1) eines von mehreren Vormündern wegen vergeblicher Insolvenz der übrigen[4], 2) eines von mehreren Bürgen auf mehr als die entsprechende Quote[5].

---

[1]) Stobbe, Handbuch, Bd. I, S. 414.

[2]) Kroll a. a. O. S. 152.

[3]) Wetzell a. a. O. S. 772; Renaud a. a. O. S. 135.

[4]) *L. 2, D. 11, 2: Cum ex pluribus tutoribus unus, quod ceteri non sunt idonei, convenitur, postulante eo, omnes ed eundem judicem mittuntur, et hoc rescriptis principum continetur.*

[5]) *Nov. 99, c. 1, § 1: „Sin autem in iisdem commoventur utrique aut omnes locis sancimus, negotii iudicem deducere illos mox, et communiter*

Die Stelle für den letzteren Fall enthält jedoch gar nichts von einer Zuziehung anderer zum Prozefs, sondern setzt stillschweigend voraus, dafs der Kläger die Mitbürgen zusammen belangt habe[1]. Was den ersteren Fall betrifft, so haftet jeder Vormund auf das Ganze. Der Beklagte kann sich durch eine Einrede der Verurteilung nicht entziehen[2].

Andere ausdrückliche Aussprüche des Gesetzgebers glaubt man in der Civilprozefsordnung selbst zu finden.

Hauptsächlich zitiert man die §§ 586 Abs. 2 und 607 Abs. 3. Das Eigentümliche beider Fälle haben wir bereits oben erklärt. Trotz Mehrheit der Personen auf der beklagten Seite handelt es sich um eine einzige Klage. Demgemäfs würde, auch wenn der andere Ehegatte mitverklagt wäre, eine Streitgenossenschaft nicht entstanden sein. Die Ehegatten kommen bei der Ehenichtigkeitsklage nur als die Repräsentanten der Ehe in Betracht. Weil nur durch beide Gatten die Ehe, die für nichtig erklärt werden soll, repräsentiert wird, ist die Klage gegen einen Gatten eine formell unmögliche, welche der Richter gemäfs § 586 Abs. 2 schon von Amts wegen abzuweisen hat[3], so dafs der Beklagte zu der Einrede keine Gelegenheit haben wird.

Bei dem § 607, Abs. 3 C. P. O. kann weder an eine Streitgenossenschaft noch an die *exceptio pl. litisconsortium* gedacht werden, da das Gesetz gar nicht besagt, dafs der die Entmündigung beantragende Verwandte sich beteiligen mufs. Er ist weder Beklagter noch mufs er neben dem

---

examinare negotium: communiter autem inferre sententiam. Sic enim et rei omnes obligabuntur, et substantiae eorum qualitas examinabitur: et debitum similiter quidem secundum iustitiae similiter autem secundum legum ordinem procedet.“

[1] Freudenstein a. a. O. S. 274 f.

[2] v. Kries a. a. O. S. 43, Anm. 20.

[3] S. Seuffert a. a. O. § 586, Note 3; Barazetti a. a. O. S. 367.

beklagten Vormund erscheinen. Nur „im Falle“ seines Beitritts gilt er als Streitgenosse. Er wird eben als solcher angesehen, ohne es wirklich zu sein[1]).

Ein anderer Paragraph, auf den sich die Verfechter der *exceptio pl. litiscons.* stützen, ist § 61 C. P. O.: „Wer die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, . . . für sich in Anspruch nimmt, ist . . . berechtigt, seinen Anspruch durch eine gegen beide Parteien gerichtete Klage . . . geltend zu machen . . .“ Also gegen beide Parteien mufs die Interventionsklage gerichtet sein! Aber die Worte des § 61 bedeuten nicht, dafs der Anspruchsberechtigte unbedingt beide Parteien verklagen müsse[2]), sondern nur, dafs dies geschehen müsse, falls er in die Stellung eines Hauptintervenienten einrücken wolle. Denn der Begriff der Hauptintervention erfordert Belangung beider Parteien. Der Berechtigte kann aber auch, um zur Befriedigung seines Anspruchs zu kommen, sich damit begnügen, den Erstkläger oder den Beklagten zu belangen. Der allein verklagten Partei kommt es nicht zu, um der unterlassenen Zuziehung der anderen Partei willen, die Wirksamkeit der Klage zu bekämpfen. Dieses Recht erhält sie auch dadurch nicht, dafs der Kläger seiner Klage eine solche Bezeichnung gab und trotz Belangung einer Partei Interventionsklage nannte. Nicht die Bezeichnung, sondern der Inhalt ist mafsgebend.

Bei den §§ 690, Abs. 2 und 710, Abs. 3 spricht schon der blofse Wortlaut gegen die *exceptio pl. litiscons.* In beiden Paragraphen heifst es: „Wird die Klage gegen den Gläubiger und Schuldner gerichtet“ . . . Also nur hypothetisch! Die Anstrengung der Klage gegen beide ist mithin nicht obligatorisch.

---

[1]) S. Hachenburg a. a. O. S. 108.

[2]) Vergl. z. B. Weismann a. a. O. S. 100.

Ebenso besteht für den Gläubiger, dessen Anspruch gepfändet ist, keine Notwendigkeit, sondern nur eine Möglichkeit, sich dem Rechtsstreit als Streitgenossen anzuschliefsen [1]). In diesem Fall mufs der Drittschuldner die Gläubiger, welche nicht Klage erhoben und dem Kläger sich nicht angeschlossen haben, zur mündlichen Verhandlung laden. Aber aus der unterlassenen Erfüllung seiner Verpflichtung darf ihm kein Recht zu der *exceptio pl. litiscons.* erwachsen.

Abschnitt III.

Die Wirkungen des § 59 C. P. O.

Kapitel I.

Die fingierte Vertretung im allgemeinen.

§ 1.

Begründung der Theorie.

Die heutige Doktrin erkennt im Gegensatz zur gemeinrechtlichen allgemein an, dafs durch die Thatsache des Zusammenstreitens weder eine juristische Person noch eine Societät zu entstehen vermag [2]). Eine juristische Person ist unmöglich, da die Mitstreitenden ihre eigene Persönlichkeit behalten und nicht zu blofsen Organen einer dritten, gedachten Person werden. Eine Societät entsteht nicht, da kein Handeln zu gemeinsamem Zweck geboten ist. Nicht einmal eine *communio incidens* läfst sich annehmen. Denn unter den Mitstreitenden herrscht kein vertragsähnliches Verhältnis, nach welchem die Früchte des Sieges ihnen zu gleichen Teilen zufallen müfsten.

---

[1]) § 753, Abs. 2 C. P. O.

[2]) Vergl. Brackenhoeft a. a. O. S. 284 und Note 14—17.

Können derartige Konstruktionen heute als definitiv aufgegeben gelten [1]), so hat man doch nicht aufgehört, eine engere Verbindung zwischen ihnen als zwischen anderen Streitgenossen anzunehmen. Eine konkrete Gestalt hat diesem Gedanken neuerdings Hachenburg gegeben [2]). Nach ihm werden zwar soviele Prozefsrechtsverhältnisse begründet, als Mitstreitende dem Gegner gegenüber stehen, aber jedes soll das andere beeinflussen. Der Begriff einer solchen Reflexwirkung gehört wie die übrigen Begriffe, mit deren Hülfe besondere engerere Beziehungen der Mitstreitenden untereinander konstruiert werden, dem Civilrecht an [3]). Die Übertragung der Reflexwirkung auf den Prozefs ist sowenig gerechtfertigt, wie die Übertragung der Societät und der *communio incidens* auf ihn. Denn ist sie ein civilrechtliches Gebilde, so existiert sie ohne Rücksicht auf den Prozefs. Wird sie aber durch den Prozefs geschaffen, so ist mindestens das einzuwenden, dafs dann jede Regel, welche sie ausdrücklich ausspricht, überflüssig erscheint. Eine solche ist vollends unverständlich, wenn sie die Wirkung in singulärer Weise für eine einzelne Gruppe prozessualischer Handlungen normiert. Das ist aber in unserem Gesetz geschehen. Die Aufstellung einer besonderen Regel läfst sich eben nur daraus erklären, dafs durch die notwendige Streitgenossenschaft an sich kein besonderes Rechtsverhältnis geschaffen wird. Von diesem Standpunkt aus bedurfte es allerdings einer ausdrücklichen Vorschrift, wenn jene besondere Wirkungen hervorrufen sollte.

Dem Gesetz zufolge existiert die eigentümliche Wirkung der notwendigen Streitgenossenschaft allein in Bezug auf

---

[1]) v. Amelunxen a. a. O. S. 7 f.

[2]) Hachenburg a. a. O. insbes. S. 38.

[3]) Der Begriff wurde aufgestellt von v. Ihering, Die Reflexwirkungen. Über den civilrechtlichen Begriff vergl. auch Hachenburg a. a. O. S. 33 ff.



Versäumung von Terminen und Fristen. Die Wirkung selbst besteht darin, dafs der eine Genosse als Vertreter des anderen „angesehen“ wird. Der § 59 sagt nicht, dafs der Nichtsäumige Vertreter des Säumigen sei[1]). Als Prozefsgesetz lag es ihm fern eine dahingehende materiell rechtliche Bestimmung zu treffen. Seinem Wortlaut gegenüber kann deshalb von einer Vertretung kraft Gesetzes oder einem *mandatum praesumtum* keine Rede sein[2]). Fände eine wirkliche Vertretung statt, so bedürfte es keines Befehls an den Richter, den Nichtsäumigen als Vertreter zu erachten. Zwei weitere Gründe sprechen gegen faktische Vertretung. Einmal setzt diese einen darauf abzielenden Willen des Vertretenen voraus. Hier aber würde sie selbst gegen den Willen desselben geschehen können, da das Gesetz keine Einschränkung gemacht hat. Sodann erfordert sie den Willen des Vertreters. Aber auch darauf kommt es nach dem kategorischen Ausspruch des Gesetzgebers nicht an.

Obwohl nun der nichtsäumige Genosse in Wahrheit kein Vertreter des säumigen ist, soll er doch als solcher „angesehen“ werden. Darin liegt, dafs seine Eigenschaft als Vertreter fingiert wird. Mit Hülfe der Fiktion werden die Grundsätze der Vertretung auf sein Verhältnis zu dem säumigen angewendet. Die Fiktion ist nun weder ein Rechtsinstitut, noch schafft sie ein solches. Sie hebt ein bereits bestehendes nicht auf und läfst da kein neues entstehen,

---

[1]) z. B. Hachenburg a. a. O. S. 8 ff. und Hellmann, Zeitschrift für deutschen Civilprozefs, Bd. 17, S. 9 f.

[2]) Als Vertreter kraft Gesetzes erscheint der nichtsäumige Genosse z. B. bei Kroll a. a. O. S. 159; v. Wilmowski-Levy a. a. O. § 59, Note 3; v. Amelunxen a. a. O. S. 72; als vermuteter Vertreter z. B. bei Endemann, Kommentar zur C. P. O., § 59, Note 2.

wo noch keins existierte. Dennoch leitet Hachenburg aus der Fiktion die Reflexwirkung ab. Mit ihrer Annahme fügt er aber zu der von ihm nur als Mittel zum Zweck betrachteten und an sich nicht gebilligten Fiktion nur noch eine neue hinzu [1]).

Hachenburgs Ansicht entgegen müssen wir daran festhalten, dafs, so wenig wie durch die Streitgenossenschaft, durch die fingierte Vertretung ein neues Rechtsverhältnis begründet wird. Die Grundsätze der Vertretung, welche auf das zwischen dem Säumigen und dem Nichtsäumigen bereits bestehende Rechtsverhältnis anzuwenden sind, sind lediglich übertragene. Daraus wird sich später ergeben, ob dieselben durchweg Geltung beanspruchen können.

Zunächst folgt aus der Übertragung, dafs die Handlungen des Nichtsäumigen nach Analogie der Stellvertretung zu beurteilen sind. Sie erscheinen darum nicht als gemeinschaftlich von dem Säumigen und Nichtsäumigen durch den letzteren vorgenommen, auch nicht als Handlungen des Nichtsäumigen, die er nur zugleich mit Wirkung für den anderen vornimmt, sodafs sie diesem erspart werden. Sie sind vielmehr so aufzufassen, als geschähen sie im Namen des Säumigen, nur dafs sie der Nichtsäumige zugleich und in erster Linie für sich vornimmt. Sie kommen deshalb in doppelter Beziehung in Betracht und gelten erstens als Handlungen des Vertreters und zweitens als Handlungen des Vertretenen.

§ 2.

Subjekt und Zeit der fingierten Vertretung.

Über den Zweck, den der Gesetzgeber mit der „fingierten Vertretung" verfolgt, sind zwei Ansichten aufgestellt. Die Anhänger der ***communis opinio*** sehen in ihr ein Mittel,

[1]) Kleinfeller, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 16, S. 225.



um divergierende Erkenntnisse zu vermeiden[1]), während andere darin einen Schutz für den ausgebliebenen Genossen finden[2]).

Auf Grund der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ist nicht zu verkennen, dafs der Gesetzgeber davon ausging, einheitliche Urteile für und gegen die Genossen zu ermöglichen. Demgemäfs knüpfte die norddeutsche Kommission an das Verbindungsurteil des französischen Rechts an. Man adoptierte das Urteil selbst nicht, wohl aber entnahm man ihm die Notwendigkeit einer Verbindung, welche ein Versäumnisurteil gegen den einen Genossen neben dem kondemnatorischen gegen den andern ausschliefsen sollte. Dabei verfuhr man in Konsequenz der preufsischen Anschauung, dafs gewisse Rechtsverhältnisse gemeinschaftliches Handeln erforderten. Hierin aber wurzelt nur die eine Art der notwendigen Streitgenossenschaft, bei welcher man einheitliche Durchführung des Prozesses im Auge hatte. Mit ihr ist eine zweite verbunden, welche die Fälle der *exceptio pl. litiscons.* umfafst. Die Grundanschauung, auf der diese beruht, ist zwar in der norddeutschen Kommission wiederholt zur Sprache gebracht, aber von den Motiven der norddeutschen Entwürfe und unseres Gesetzbuchs, welches jene rezipiert, nicht berücksichtigt worden. Daher nehmen auch die letzteren als *ratio* des § 59 die Verhinderung widersprechender Urteile an. Nun haben wir aber gesehen, dafs die erste Art der notwendigen Streitgenossenschaft unpraktisch ist. Dahin-

---

[1]) So auch v. Amelunxen a. a. O. S. 70.

[2]) Namentlich wird der Schutzzweck betont von Hachenburg a. a. O. S. 11, aber von diesem nur deshalb, um gegen die Vertretungstheorie anzukämpfen. Seine Theorie ist jedoch gerade mit dem Schutzzweck unvereinbar, und so unterstellt er denn in Widerspruch mit seinem Ausgangspunkt später als Zweck des § 59 den, eine Gleichheit der mehreren Prozessrechtsverhältnisse durch Abwehr der Kontumaz des Säumigen zu schaffen. (S. 33.)

gegen konnten wir, wenn auch nicht viele, so doch einige Fälle der zweiten Art konstatieren. Steckt der Kern der notwendigen Streitgenossenschaft in dieser, so werden wir auch berechtigt sein, die *ratio legis* im Anschlufs an sie zu bestimmen.

In der *exceptio* ist dem Beklagten ein Recht gewährt, das er aber nicht geltend machen kann, wenn er im Termin nicht erscheint. Er hat es verloren, wenn er infolgedessen *in contumaciam* rechtskräftig verurteilt wird. Aus der Unmöglichkeit infolge seines Nichterscheinens die Einrede vorzubringen, um derenwillen überhaupt eine notwendige Streitgenossenschaft angenommen wird, soll ihm kein Nachteil erwachsen, während der anwesende Genosse durch ihre Geltendmachung siegt. Der Zweck des § 59 ist mithin der, dem ausgebliebenen Genossen Rechte zu wahren und ihn vor den Folgen seines Ausbleibens zu schützen.

Nehmen wir das an, so haben wir zugleich auch einen Schlüssel zu der Erklärung gefunden, weshalb nicht der Erschienene den Nichterschienenen, sondern der Nichtsäumige den Säumigen vertritt, während doch § 59 C. P. O. gerade ein Versäumnisurteil abwenden soll, welches nach § 295 ein Nichterscheinen im Termin voraussetzt.

Die Meisten verkennen den Unterschied zwischen § 59 und § 295 und identifizieren den nichterschienenen Genossen mit dem säumigen[1]). Nach § 298 gilt als nicht erschienen auch der nicht handelnde. Sie ziehen die Konsequenz und betrachten den nicht handelnden auch als säumig. Allein mit Unrecht. Säumig — saumselig, lässig — ist wohl der, welcher trotz der Ladung zum Termin von der Gerichtsstätte fern bleibt. Säumig ist auch der, welcher zwar kommt, aber ohne dafür gesorgt zu haben, dafs er überhaupt prozessualisch zu handeln vermag, also der, welcher im Anwalts-

[1]) S. v. Amelunxen a. a. O. S. 71.

prozefs ohne Anwalt auftritt. Dagegen erscheint jemand nicht als säumig, wenn er der Ladung folgt, und auch im Termine handeln könnte, aber nicht handeln will. Ein solcher gilt zwar als nichterschienen, und deshalb findet nach §§ 295, 298 C. P. O. die Regel über Erlafs eines Versäumnisurteils auf ihn Anwendung, aber nicht die Ausnahme des § 59 C. P. O. Sollte diese auf ihn ausgedehnt werden können, dürfte das Gesetz nicht blofs von Säumigen reden. Das aber ist gewifs nicht unabsichtlich geschehen. Es lag zu der Ausdehnung keine Veranlassung vor. Wer sich nach reiflicher Erwägung in die Verhandlung nicht einmischt, dem darf man nicht die Möglichkeit nehmen, das billigere Versäumnisurteil gegen sich zu erwirken, anstatt ein kostspieliges Verfahren fortzusetzen, das doch mit einer Verurteilung für ihn endet.

Wie blofs der Säumige vertreten wird, so ist Vertreter desselben schon der Nichtsäumige, also der, welcher zwar vor Gericht auftritt, aber nicht verhandelt. Freilich wird die Vertretung insofern unpraktisch sein, als ein Versäumnisurteil dennoch ergeht.

Die Vertretung findet nach der gesetzlichen Vorschrift nur bei Versäumung von Terminen und Fristen statt, also den Zeitpunkten und Zeiträumen, an bezw. in denen prozessualische Handlungen vorzunehmen sind. Sie ist darum nicht möglich bei aufsergerichtlichen Terminen, z. B. dem Termin für die Empfangnahme einer Zahlung. Aber sie ist, da das Gesetz eine Einschränkung nicht enthält, bei sämtlichen Terminen und Fristen möglich, mögen es Verhandlungs- oder Beweistermine, richterliche oder gesetzliche Fristen irgend welcher Art, insbesondere auch Notfristen sein [1]). Weil keine Einschränkung gemacht ist, kann

[1]) v. **Wilmoski-Levy** a. a. O. § 59, Note 4; **Reincke**, Die deutsche Civilprozefsordnung, § 59, Note 2.

die Vertretung während des ganzen Verfahrens eintreten, folglich auch in der Rechtsmittelinstanz [1]). Dabei wird natürlich vorausgesetzt, dafs die Streitgenossenschaft noch besteht. Sie endet, wenn das Urteil erster Instanz für den einen von zwei Streitgenossen bereits rechtskräftig ist, während für den andern die Rechtsmittelfrist noch läuft.

Die Fristen können für den Genossen nur gewahrt werden, wenn sie für diesen nicht schon verstrichen sind. Sie berechnen sich für jeden Streitgenossen besonders und können verschieden sein, da die Zustellung des Urteils, von der ihr Anfang abhängt, nicht für alle zu gleicher Zeit zu geschehen braucht [2]).

Die Vertretung dauert nur während der Versäumnis. Sie hört auf, sobald sich der Säumige wieder an dem Verfahren beteiligt, kann aber danach von neuem eintreten, wenn derselbe abermals ausbleibt [3]).

Kapitel II.

Umfang der fingierten Vertretung.

§ 1.

Vertretung in Bezug auf prozessbetreibende und -beendende Hanlungen.

Da die Vertretung als blofse Fiktion das ursprüngliche zwischen säumigen und nichtsäumigen Genossen bestehende Rechtsverhältnis unberührt läfst, ist eine Kollision zwischen den übertragenen Grundsätzen der Vertretung und denen des ursprünglichen Rechtsverhältnisses unausbleiblich. Sie

[1]) Seuffert a. a. O. § 59, Note 3, b; v. Wilmowski-Levy a. a. O. § 59, Note 4.

[2]) Gaupp a. a. O. § 59, Note III, c.

[3]) Seuffert a. a. O. § 59, Note 2, e.

hat zur Folge, dafs an eine Vertretung nicht schlechthin gedacht werden kann[1]). In welchen Grenzen, gehört zu den bestrittensten Fragen[2]).

Das Nächstliegende ist, die Vertretung in Bezug auf die Währung des Termins anzunehmen. Der Termin wird gewahrt, wenn der Genosse in ihm nicht nur auftritt, sondern auch verhandelt[3]).

Würde nun die Art der vorgenommenen Handlung nicht auch für den Säumigen Bedeutung haben[4]), so könnte es in § 59 C. P. O. wohl heifsen, dafs die Vertretung in Bezug auf die Versäumnis fingiert, nicht aber, dafs der Säumige „als vertreten angesehen" werden solle. Das Verhandeln geschieht prinzipiell zugleich für den Ausgebliebenen. Es besteht in der Vornahme von prozefsbetreibenden und prozefsbeendenden Handlungen, sowie von Beweishandlungen. Die letzteren lassen wir vor der Hand beiseite. Hinsichtlich der übrigen scheint, da nichts im Wege steht, die Förderung des Prozesses auch dem Säumigen zu gute kommen zu lassen, unbedingte Vertretung in prozefsbetreibenden Handlungen möglich. Sonach wird man im allge-

---

[1]) So nur Hellmann, Zeitschrift a. a. O. S. 14; v. Amelunxen a. a. O. S. 73 beschränkt die Vertretung wenigstens auf die Gesuche und Handlungen, welche die Verfahrensform betreffen.

[2]) Es nehmen z. B. eine Vertretung, von andern Handlungen ganz abgesehen, in Bezug auf Anerkenntnis an: Petersen, v. Wilmowski-Levy, v. Amelunxen, Hellmann, Weismann; dagegen nicht: Reincke und neuerdings Seuffert; in Bezug auf Verzicht: v. Amelunxen, Hellmann, Weismann; dagegen nicht: v. Wilmowsky-Levy, Reincke, Hachenburg, Seuffert; in Bezug auf Vergleich: v. Amelunxen, Hellmann; dagegen nicht: Seuffert, Petersen, v. Wilmowski-Levy, Reincke.

[3]) § 298 C. P. O.

[4]) Dies verneint Hachenburg a. a. O. S. 30, und gegen diesen Hellmann, Zeitschr. a. a. O. S. 12 f.

meinen die Stellung von Anträgen, die Einlegung von Rechtsbehelfen, soweit sie rechtsgültig im Termin geschehen, als von dem Ausgebliebenen mitverfolgt zu betrachten haben [1]. Der Antrag auf Terminsverlegung ist zwar kein Verhandeln zur Sache, so dafs er das Kontumazialurteil nicht abwendet [2], aber insofern eine prozefsbetreibende Handlung, als er eine Verschiebung des Prozesses auf einen späteren Zeitpunkt bewirkt. Damit bezweckt er die Erhaltung aller Rechte. Er ist daher zu den vertretbaren Handlungen zu rechnen.

Dagegen würde die Vertretung in einer Handlung, welche den Prozefs beendet, den säumigen Genossen aus seiner prozessualen Lage verdrängen. Sie scheint deshalb ausgeschlossen als im Widerspruch stehend mit der Ratio des Gesetzes, welches den Ausgebliebenen vor Verlusten schützen will. Aufserdem verträgt sie sich nicht mit dem durch die Streitgenossenschaft begründeten Rechtsverhältnis, das sie zerstören würde. Weil sie aber als blofse Fiktion dies nicht vermag, kann sie insofern nicht Bestand haben.

Zu den nichtvertretbaren prozefsbeendenden Handlungen gehört in erster Linie der Vergleich. Er löst das prozessuale Verhältnis unmittelbar durch die Handlung der Partei, ohne dafs ein richterliches Urteil erfolgt. Dies ist der Grund, weshalb auch Seuffert in den früheren Auflagen seines Kommentars eine Vertretung beim Vergleichsabschlufs nicht annahm [3]. Der Grund trifft zu, ist aber nicht geeignet, wie

---

[1]) Hierfür z. B. v. Wilmowski-Levy a. a. O. § 59, Note 4; v. Amelunxen a. a. O. S. 72.

[2]) Seuffert a. a. O. § 298, Note 2.

[3]) Seuffert a. a. O. 3. Aufl., § 59, Note 3 a. In der neusten Auflage, Note 4 e, nimmt Seuffert an, dafs es nach Civilrecht zu beurteilen sei, ob der Vergleich den Säumigen binde. Soll aber die Rechtsbeständigkeit der prozessualischen Handlung davon abhängen, dafs sie dem materiellen Recht entspricht?

Seuffert früher wollte, Vergleich einerseits und Verzicht und Anerkenntnis andererseits verschieden zu behandeln [1]). Einmal hat der vor dem Richter abgeschlossene Vergleich die Wirkungen eines Urteils [2]). Sodann ist es nicht minder bei Verzicht und Anerkenntnis die Partei, welche den Prozeſs willkürlich abbricht [3]). Denn es findet trotz des Urteils keine Beurteilung der Sache selbst statt. Der Richter muſs ein dem Verzicht resp. dem Anerkenntnis entsprechendes Urteil geben. Nach v. Wilmowski-Levy soll sich das Vertretungsrecht auf die „Prozeſshandlungen" beschränken [4]). Dazu sollen aber nicht gehören Vergleich und Verzicht, weil sie Handlungen seien, welche auf den Prozeſs zwar Einfluſs üben, sich aber selbst als auſserhalb der Prozeſsführung liegende Dispositionsakte der Parteien darstellen. Daſs die Vertretung nicht über die Prozeſshandlungen hinausgehen darf, ist gewiſs zu billigen. Warum aber Verzicht und Anerkenntnis nicht gleichgestellt werden, ist nicht einzusehen, da, wenn der Verzicht Dispositionsakt ist, es auch das Anerkenntnis sein muſs [5]). Als Prozeſshandlungen müssen alle Handlungen angesehen werden, aus denen sich der Prozeſs als Ganzes zusammensetzt, mithin sowohl Vergleich als Anerkenntnis und Verzicht [6]).

Weitergehend ist die Einschränkung Reinckes [7]). Die Vertretung beziehe sich nur auf solche Prozeſshandlungen,

---

[1]) In der neusten Auflage seines Kommentars verneint auch Seuffert die Vertretung bei Verzicht und Anerkenntnis. S. § 59 Note 4 b.

[2]) § 702, Nr. 1 u. 2 C. P. O.

[3]) S. Seuffert a. a. O. §§ 277, 278 Noten.

[4]) v. Wilmowski-Levy a. a. O. § 59, Note 4 a. E.

[5]) Bei Vergleich, Verzicht und Anerkenntnis schlieſst die Vertretung aus: Meyer, Zeitschrift für Civilprozeſs, Bd. 14, S. 368.

[6]) Vergl. Reincke a. a. O. vor § 208, Note 1.

[7]) Reincke a. a. O. § 59, Note II, 3.

welche im Sinne des § 208 C. P. O. versäumt werden können, und erstrecke sich nicht auf Dispositionsakte zur Erledigung des Rechtsstreits, wie Anerkenntnisse, Vergleiche, Klage- oder Rechtsmittelzurücknahme und Verzicht. Diese Ansicht kommt dem richtigen Gedanken nahe. Die Begründung aber ist unzureichend. Gewifs bezieht sich die Vertretung nur auf Prozefshandlungen und selbstverständlich nur auf solche der Partei. Der § 208 C. P. O. spricht aber ganz allgemein von Prozefshandlungen. Er denkt keineswegs blofs an „Dispositionsakte zur Erledigung des Rechtsstreits". Wollte man die Vertretung des säumigen Genossen für alle Prozefshandlungen im Sinne des § 208 ausschliefsen, bliebe von den vertretbaren Handlungen nichts übrig.

Die von Reincke angeführten Ausnahmen lassen sich allein darauf stützen, dafs eine Vertretung des Streitgenossen im Prozefs blofs soweit möglich ist, als diesen dadurch die Stellung als Prozefssubjekt nicht genommen wird. Aus diesem Grunde ist allerdings die Vertretung nicht nur bei Vergleich, Verzicht und Anerkenntnis, sondern auch bei Zurücknahme der Klage und des Rechtsmittels unmöglich. Ja wir müssen noch weiter das Gleiche für die Einwilligung in die Klageänderung annehmen. Sie ist Änderung des Klaggrundes d. h. des erhobenen Anspruchs derart, dafs dieser nicht mehr als derselbe wie früher erscheint. Eine solche Umgestaltung ist Begründung eines neuen Streitverhältnisses durch Aufhebung des alten. Die Aufhebung aber ist eine dem Genossen als Vertreter des ausgebliebenen nicht zukommende Verdrängung aus der prozessualischen Lage.

Wird von dem nichtsäumigen Genossen in dem Termin nur eine nicht vertretbare Handlung vorgenommen, z. B. nur ein Vergleich abgeschlossen, oder auf den Anspruch verzichtet, so kann man zweifeln, ob dann der säumige überhaupt vertreten werde. Keineswegs entscheidet sich

dies entweder nach dem Inhalt der Verhandlung oder nach dem Umstand, dafs verhandelt wird[1]) Würde der Inhalt der Verhandlung entscheiden, käme es zum Versäumnisurteil, und es wäre der Ausgebliebene trotz des Erscheinens seines Genossen im Termin nicht geschützt. Bewirkte aber schon der Umstand, dafs verhandelt wird, schlechthin eine Vertretung, so würde der Inhalt der Verhandlung für den Säumigen irrelevant sein. Das Richtige liegt in der Mitte. Wenn im Termin verhandelt wird, geschieht ein Doppeltes:

1) die Wahrung des Termins und

2) die Weiter- bezw. Zuendeführung des Rechtsstreits.

Zu einer Wahrung des Termins, welche das Versäumnisurteil verhindert, ist Erscheinen und Verhandeln der Partei nötig Welcher Art das letztere ist, ist für den Ausschlufs des Versäumnisurteils völlig gleichgültig[2]). Da nun der säumige Genosse in dem fleifsigen als erschienen gilt, und dieser durch das Verhandeln mit beliebigem Inhalt das Versäumnisurteil von sich abwehrt, mufs dies auch dem Säumigen gegenüber ohne Rücksicht auf den Inhalt der Verhandlung geschehen. Aber Ausschlufs des Versäumnisurteils ist nicht die einzige Folge der Vertretung. Ob die zweite Folge, Vertretung in der prozessualischen Handlung, eintritt, hängt von deren Inhalt ab. Die Thatsache, dafs verhandelt wird, bewirkt, dafs Verzicht oder Vergleich das Versäumnisurteil auch vom Säumigen abwenden. Aber der Inhalt solcher nicht vertretbaren Handlung wirkt nicht über die Person des Erschienenen hinaus.

Haben sämtliche Streitgenossen den Termin versäumt, so wird das Versäumnisurteil regelmäfsig gegen alle ergehen. Denn niemand ist da, der sie davor schützte. Es

---

[1]) Diese Alternative stellt Hellmann, Zeitschrift a. a. O. S. 12 auf.

[2]) S. v. Wilmowsky-Levy § 298, Note 1.

können aber die Voraussetzungen des Versäumnisurteils für einzelne Genossen fehlen, wie z. B. bei nicht ordnungsmäfsiger oder nicht rechtzeitiger Ladung[1]). Weil die Genossen dann nicht verurteilt werden, glaubt Hachenburg in Konsequenz seiner Reflexwirkungstheorie das Versäumnisurteil auch für die übrigen ausschliefsen zu sollen[2]). Das Gesetz spricht dagegen. Es will, dafs der Säumige durch eine Handlung des Nichtsäumigen vertreten werde. In diesem Fall ist aber von seiten des Genossen gar nichts geschehen. Sind die Voraussetzungen des Versäumnisurteils wegen ordnungswidriger Ladung nicht erfüllt, würde es eventuell sogar die Handlung des Gegners sein, welche das Versäumnisurteil gegen die ordnungsgemäfs Geladenen unmöglich machte! Dafs der Nichtsäumige hier den Säumigen vertrete, davon kann „nicht einmal fiktionsweise gesprochen werden“[3]).

Sind alle Genossen erschienen, bedarf es nicht eines besonderen Schutzes. Eine Fiktion der Vertretung eines Säumigen ist nicht denkbar. Und doch wird eine Vertretung behauptet, wenn die Handlungen der Genossen sich widersprechen: Derjenige, welcher einen Antrag zu stellen unterläfst, soll durch den Beantragenden vertreten werden. Selbstverständlich könnten nur die vertretbaren Handlungen in Frage kommen. Aber auch in Bezug darauf mufs die Möglichkeit einer Vertretung des anwesenden, verhandelnden Genossen in Abrede gestellt werden. Denn das Gesetz will eine Vertretung des Säumigen. Als „säumig“ kann aber nicht der gelten, der geflissentlich keinen Antrag stellt. Durch Unterlassung kann ebenso gut wie durch positive Handlung eine Wirkung hervorgerufen und so der Prozefs

---

[1]) §§ 300, 302 C. P. O.

[2]) **Hachenburg** a. a. O. S. 45.

[3]) **Kleinfeller** a. a. O. S. 229.

in gewisser Richtung betrieben werden. Fällt der „Unterlasser“ nicht unter den Begriff des „Säumigen“, könnte der § 59 nur *per analogiam* auf ihn Anwendung finden. Aber war schon ein Gesetz nötig, damit der Anwesende als Vertreter des Abwesenden angesehen werde, hätte es um so viel mehr eines Gesetzes bedurft, um einen Verhandelnden als nichtverhandelnd erscheinen zu lassen. Dazu kommt, dafs eine solche Fiktion mit der *ratio* der fingierten Vertretung nicht im Einklang steht; denn sie würde dem säumigen Genossen Rechte nehmen, während ihm der § 59 seine Rechte erhalten will.

Ersetzt nicht das Thun des einen Genossen das Thun oder Unterlassen des andern, so fällt die Handlung jedes einzelnen ins Gewicht. Jede ist gesondert zu beurteilen, sodafs Vergleich oder Verzicht des einen Genossen das Streitverhältnis des andern unberührt läfst[1]). Zu einem andern Resultat kann man überhaupt nicht gelangen, wenn man in der Streitgenossenschaft eine Mehrheit von nur formell verbundenen Prozessen erblickt. Man müfste denn mit Hachenburg zur Reflexwirkung seine Zuflucht nehmen!

Es bleibt noch der Fall zu erörtern, in dem die erschienenen Genossen in divergierender Weise verhandeln. Nach den bisherigen Ausführungen ist der Säumige auch dann vor dem Versäumnisurteil geschützt, da immerhin verhandelt wird und die Erschienenen für sich selbst das Versäumnisurteil ausschliefsen. Ob eine weitere Wirkung eintritt, entscheidet sich nach dem Charakter der

---

[1]) Sowohl Hachenburg a. a. O. S. 111, als auch v. Amelunxen a. a. O. S. 70, kommen zu dem gegenteiligen Resultat. v. Amelunxen, weil er für die Streitgenossen einheitliches Handeln erfordert; Hachenburg, weil die negative Handlung des einen Genossen auf die positive des andern Einflufs übt. Für unsere Ansicht einer gesonderten Beurteilung der Rechtslage jedes Genossen bereits Planck a. a. O. S. 428.

vorgenommenen Handlungen. Ist die eine vertretbar, die andere nicht, so wird die erstere auch für den Säumigen zu gelten haben. Heben sie sich gegenseitig auf, bleibt als Resultat für den Säumigen nur der Ausschlufs des Versäumnisurteils. Ist aber kein solcher Widerspruch vorhanden, so wird nach dem Prinzip des § 59 der Säumige durch den Genossen vertreten, welcher die ihm günstigste Handlung vornimmt[1]).

Wie in der Wahrung des Termins, so vertritt der nichtsäumige Genosse den säumigen auch in der Einhaltung einer Frist. Das geschieht durch Vornahme der Handlung, für welche die Frist bestimmt ist. Indem also jener für sich ein Rechtsmittel einlegt, legt er es damit zugleich für den säumigen Genossen ein. Vorausgesetzt wird jedoch, dafs die Frist für diesen noch läuft[2]). War sie für ihn schon abgelaufen, nützt ihm die Einlegung, die für den Handelnden rechtzeitig erfolgte, nichts. Hachenburg wird durch seine Theorie von der Reflexwirkung verführt, auch hier eine Wirkung für den Säumigen anzunehmen[3]). Im § 59 C. P. O. wird zwar die Fiktion der Vertretung vorgeschrieben, „wenn . . . eine Frist . . . versäumt wird", aber versäumt wird sie, wenn in ihr die Handlung, für welche der Zeitraum freigelassen ist, unterbleibt. Sie ist von jedem versäumt, der die betreffende Handlung nicht vornahm. Sie ist nicht nur versäumt, sondern verloren, wenn sie, ehe der andere Genosse handelte, verstrichen ist. Würde man dies nicht zugeben, käme man zu einer merkwürdigen Kon-

---

[1]) Ähnlich, wenigstens im Prinzip, Hellmann, Zeitschrift a. a. O S. 15. „Wo die erschienenen Genossen in entgegengesetzter Richtung verfügen, da kann die Verfügung nicht wirksam sein, welche zum Nachteil der streitgenossischen Rechtslage gereichen müfste".

[2]) Gaupp a. a. O. § 59, Note 3.

[3]) Hachenburg a. a. O. S. 51 ff.

sequenz. Durch die Einlegung des Rechtsmittels wird die Sache auch für den Säumigen in der Rechtsmittelinstanz anhängig. Durch die Zurücknahme des Rechtsmittels des einen Genossen, wird die Rechtshängigkeit für den andern nicht berührt. Es würde also bei Zurücknahme des Rechtsmittels von seiten des nichtsäumigen Genossen durch Umgehung der Rechtsmittelfristen hinsichtlich der Sache des säumigen in der Rechtsmittelinstanz entschieden, obwohl in der für dieselbe laufenden Frist die Einlegung nicht erfolgte.

Hachenburg beruft sich auf die Analogie mit § 482 C. P. O., wonach der Berufungsbeklagte sich der Berufung anschliefsen könne, selbst wenn die Berufungsfrist verstrichen sei. Aber wie Hellmann sehr richtig sagt: „Ganz abgesehen davon, dafs hier die Regel zu berücksichtigen wäre: *‚jus singulare non est producendum ad consequentias‘*, fehlt es für die Analogie an allen Enden. In § 482 wird durch die Gestattung der Ausschliefsung ausgesprochen, dafs der Berufungsbeklagte auch seinerseits das angefochtene Urteil solle anfechten können, o b w o h l er das Rechtsmittel der Berufung nicht erhoben oder sogar auf dasselbe verzichtet habe. In § 59 wird der Streitgenosse des betreibenden Berufungsklägers so behandelt, als hätte er selbst das Rechtsmittel eingelegt . . . . In § 482 wird die prozessualische Stellung des Prozefs g e g n e r s geregelt, in § 59 die des Genossen." [1])

Aufser dem für den Säumigen noch währenden Lauf der Frist wird für die Möglichkeit der Vertretung weiter zu fordern sein, dafs der Säumige auf die Handlung, für welche die Frist bestimmt ist, nicht bereits verzichtet hat [2]). Denn sonst hat er dieselbe erwogen und sich über sie, wenn

---

[1]) Hellmann, Zeitschrift a. a. O. S. 13 f.

[2]) So z. B. v. Kries a. a. O. S. 42, Note 19; Seuffert a. a. O. § 472, Note 2 a; vergl. auch § 507, Note 1.

auch in negativer Weise, entschieden. Er kann dann als „säumig" nicht bezeichnet werden.

Es ist mithin eine Vertretung gegen den Willen des Säumigen in Bezug auf Einhaltung der Frist beschränkter als in Bezug auf Wahrnehmung des Termins. Das erklärt sich daraus, dafs es wohl bei jener, regelmäfsig aber nicht bei diesem zur Verzichtleistung kommen kann. Rechtswirksam verzichten kann man nur auf etwas Bestimmtes, und nur die Frist dient zur Vornahme einer voraus bestimmten Handlung, während der Termin für alle möglichen prozessualischen Handlungen da ist. Sollte er aber ausnahmsweise, wie z. B. ein Beweistermin, zur Vornahme einer bestimmten Handlung angesetzt sein, so wird eine formell gültige Verzichtleistung des Säumigen auch hier zu respektieren sein.

Auf den Willen des Vertreters kommt es bei der Einhaltung der Frist sowenig wie bei der Wahrung des Termins an. Erklärt also der Genosse nur für sich das Rechtsmittel einlegen zu wollen, ist diese Einschränkung ohne alle Bedeutung. Durch die Einlegung für sich ist ohne weiteres auch zu gunsten des säumigen Genossen von dem Rechtsmittel Gebrauch gemacht[1]). Eines ausdrücklichen Antrags im Termin auf Abänderung des Urteils zu gunsten sämtlicher Genossen bedarf es nicht[2]). Man kann nicht einwenden, das sei dem Grundsatz zuwider, dafs das Gericht über den Antrag der Partei nicht hinausgehen dürfe. Denn sonst müfste dies für jeden Antrag des Nichtsäumigen im Termin gelten. Dadurch würde aber die fingierte Ver-

---

[1]) Daraus, dafs durch die rechtzeitige Einlegung eines Genossen, das Rechtsmittel für sämtliche Genossen eingelegt wird, folgt, dafs diese sich ohne weiteres an dem Rechtsmittelverfahren beteiligen können. Vergl. Seuffert a. a O. § 472, Note 2 a.

[2]) A. M. v. Wilmowski-Levy a. a. O. § 59, Note 4.



tretung illusorisch und von der Willkür des nichtsäumigen Genossen abhängig gemacht.

Dafs eine Handlung, die zu den unvertretbaren gehört, nicht dann für den Säumigen wirkt, wenn sie gelegentlich einer Fristeinhaltung geschieht, braucht kaum hervorgehoben zu werden. So erfolgt die Zurücknahme der Berufung aufserhalb des Termins in der § 476 normierten Frist nur für den Zurücknehmenden[1]). Für den Säumigen hat die Handlung gar keine Wirkung. Darin unterscheiden sich wieder Termin und Frist. Die Vornahme der nichtvertretbaren Handlung im Termin wirkt wenigstens insofern, als sie das Versäumnisurteil ausschliefst.

Wird eine Frist von allen Genossen versäumt, und erlangt einer derselben die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, nützt er damit auch den übrigen Genossen. Doch nicht die Wiedereinsetzung an sich ist es, die ihnen den Nutzen bringt, sondern die zur Wiedereinsetzung notwendige Nachholung der versäumten Prozefshandlung. Erst mit dieser wird nachträglich die Frist für den säumigen Genossen gewahrt[2]). Daraus folgt, dafs die Versäumnis, wenn derjenige, welcher die Wiedereinsetzung beantragt hat, unthätig bleibt, nicht gehoben wird, und ferner, dafs dessen Handlung nicht durch die eines andern ersetzt wird.

§ 2.

Vertretung in Bezug auf Beweishandlungen.

Unter den Beweishandlungen, die wir aus unserer bisherigen Betrachtung ausgeschieden hatten, begreifen wir nicht nur die Beweisantretung und Beweiserklärung, sondern alle Handlungen der Partei, welche sich auf Beweismittel beziehen. Als Beweismittel sieht die *communis opinio*

---

[1]) So z. B. Reincke a. a. O. § 59, Note 2 a.

[2]) Kleinfeller a. a. O. S. 230.

Urkunden, Zeugen und Eid an, und die C. P. O. begreift aufserdem darunter Augenschein und Sachverständige [1]). Ausgeschlossen sind danach aufsergerichtliches Geständnis und Indicien, da dieselben, wenn sie auch für die richterliche Beurteilung von Wert sind, doch wieder selbst bewiesen werden müssen [2]).

Das gerichtliche Geständnis nimmt eine eigentümliche Stellung ein. Es wirkt negativ und beschränkt das Anwendungsgebiet der Beweismittel, ohne — wenigstens nach geltendem Recht — selbst Beweismittel zu sein. Die C. P. O. deutet dies schon durch ihre Anordnung und durch die Ausdrucksweise in § 261 an, wonach die zugestandenen Thatsachen „keines Beweises" bedürfen. Die Kraft des Geständnisses beruht nicht auf der Glaubwürdigkeit der Aussage, sondern darauf, dafs die eingeräumte Thatsache zu einer unstreitigen gemacht wird [3]). Das Geständnis entbindet von der Beweispflicht. Indem es den Beweis überflüssig macht, begründet es formelle Wahrheit. Dafs dies geschieht, liegt in der Willkür des Gestehenden. Das Geständnis ist deshalb kein Beweismittel, sondern ein Dispositionsakt. Nun kann aber die Partei nicht über die behauptete Thatsache selbst disponieren, sondern nur über das Recht, den Anspruch [4]). Ist das Geständnis Dispositionsakt, so kann es dies blofs in dem Sinne einer Verfügung über das Fundament des Anspruchs sein. Dann aber ist es seiner Natur nach verwandt mit den umfassenden Dispositionsakten, Anerkenntnis und Verzicht. Und in der That zeigt sich diese Verwandtschaft darin, dafs, wie jene den

[1]) §§ 336 bis 446 C. P. O.; v. Wilmowski-Levy a. a. O. § 255, Note 4.

[2]) Seuffert a. a. O. § 255, Note 6; v. Wilmowski-Levy a. a. O. § 255 Note 4.

[3]) v. Wilmowski-Levy a. a. O. § 261, Note 1.

[4]) Kohler a. a. O. S. 19; Hachenburg a. a. O. S. 61.

Prozefs über den gesamten Anspruch beenden, das Geständnis ihn wenigstens in Bezug auf einzelne, früher streitige Punkte zu Ende bringt [1]).

Die Gleichartigkeit des Geständnisses mit den übrigen Dispositionsakten erfordert, dafs man es auf gleiche Stufe mit ihnen stellt. Sowenig wie Verzicht und Anerkenntnis nur dann wirken, wenn sie von allen Genossen gemeinschaftlich geschehen, sowenig ist das beim Geständnis der Fall. Jeder Disponent verfügt wie über seinen Anspruch, so auch über die Grundlagen desselben selbständig. Den § 434 C. P. O. kann man nicht zu einer Analogie heranziehen. Dazu gehörte mindestens, dafs § 434 nicht von einem Beweismittel, sondern auch von einem Dispositionsakt handelte. Die von einem einzelnen eingeräumte Thatsache schafft mithin formelle Wahrheit nur diesem gegenüber. Das Geständnis des einen Genossen schadet dem andern nicht und wird nicht hinfällig durch das Bestreiten des andern [2]). Folglich wird es auch dadurch nicht alteriert, dafs ein Genosse säumig ist. Und als eine, wenigstens in einzelnen Punkten, prozefsbeende Handlung gehört es zu denen, in welchen eine Vertretung des Säumigen durch den Nichtsäumigen ausgeschlossen ist [3]).

[1]) § 261 C. P. O.: „Die von einer Partei behaupteten Thatsachen bedürfen insoweit keines Beweises, als sie im Laufe des Rechtsstreits vom Gegner . . . zugestanden sind". Also: Diese Thatsachen können — abgesehen von dem Fall des § 263 C. P. O. — nicht mehr bestritten werden und machen keine richterliche Entscheidung über sie nötig.

[2]) S. z. B. Weismann a. a. O. S. 136 und Note 5. A. M. Die Motive S. 83, welche annehmen, dafs die nur von einzelnen eingeräumte Thatsache als bestritten gelte.

[3]) Reincke a. a. O. § 59, Note II, 3; jetzt auch Seuffert a. a. O. § 59, Note 4 b. A. M. v. Amelunxen a. a. O. S. 72, der Vertretung behauptet, und Hachenburg a. a. O. S. 57, dem nur diejenige Erklärung als Geständnis gilt, welche von allen Genossen abgegeben ist.

Soweit eine Thatsache **nicht** zugestanden, sondern bestritten ist, bedarf sie des Beweises. Ob der Beweis erbracht und damit die Thatsache als wahr anzusehen ist, entscheidet der Richter, und zwar nach positivem Recht in Gemäſsheit des Prinzips freier Beweiswürdigung[1]). Dasselbe ist durchbrochen beim Parteieid. Seine Leistung begründet volle Wahrheit der beschworenen Thatsache[2]). Das Gesetz stellt denselben so hoch, daſs es den Richter zwingt, eine solche Thatsache selbst dann für wahr zu halten, wenn dies der richterlichen Überzeugung nicht entspricht.

Dieser Zwang würde nun zu Unzuträglichkeiten führen, wenn die Thatsache ein für alle Genossen gleiches Rechtsverhältnis betrifft. Verweigert in diesem Fall der eine Genosse den Eid, welchen der andere schwört, so würde trotz der gleichen Rechtslage dieselbe Thatsache für den einen als wahr, für den andern als nicht wahr gelten. Dasselbe Prinzip, nach welchem beim Eid eine Ausnahme von der freien Beweiswürdigung eintritt, macht eine weitere Ausnahme notwendig. Die Thatsache, die durch den Eid der einen Partei als unwiderleglich wahr gilt, kann nicht durch den Eid der andern in ihr Gegenteil verkehrt werden. Deshalb verlangt das Gesetz eine **gemeinschaftliche** Beweisantretung und Beweiserklärung. Meist werden dadurch wohl die Differenzen vermieden, aber, da das Gesetz die Genossen nicht zu einheitlichem Handeln **zwingt**, nicht ganz beseitigt. Kommen sie vor, dann greift wieder die allgemeine Regel Platz, daſs die freie richterliche Überzeugung entscheidet.

Diese Grundsätze haben in § 434 C. P. O. ihren Ausdruck gefunden, der für die ganze Lehre von gröſster Wichtigkeit und im Zusammenhang mit § 59 C. P. O. ent-

[1]) § 259 C. P. O.
[2]) § 428 C. P. O.

standen ist. Über seine Beziehung zu den beiden Arten der notwendigen Streitgenossenschaft sind bisher drei Ansichten aufgestellt:

1) § 434 beziehe sich auf die beiden Arten des § 59 [1]). Diese Ansicht stützt sich auf die Motive und die Entwickelungsgeschichte des § 434. Dafs § 434 nur eines „einheitlich festzustellenden Rechtsverhältnisses", nicht aber der „notwendigen Streitgenossenschaft" gedenkt, sucht sie daraus zu rechtfertigen, dafs die beiden Fälle des § 59 C. P. O. gleichgestellt sind: Eine Vorschrift, die, wie § 434, dem Wortlaut nach nur auf den einen passe, müsse auch auf den andern Anwendung finden.

Diese Ansicht entbehrt jeder Begründung. Aus der äufserlichen Gleichstellung der zwei grundverschiedenen Arten der notwendigen Streitgenossenschaft etwas für das Anwendungsgebiet des § 434 zu folgern, ist willkürlich. Auf die Motive und die Materialien des Gesetzes kann man sich nicht berufen, wenn der klare Wortlaut des letzteren dem widerspricht.

2) § 434 beziehe sich zwar zunächst nur auf die an erster Stelle in § 59 erwähnte Art, aber das sei unerheblich, da auch bei der zweiten das Rechtverhältnis einheitlich festzustellen sei, sodafs thatsächlich doch § 434 mit dem ganzen § 59 korrespondiere [2]).

Auch diese Meinung können wir nach unseren Erörterungen über die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft nicht teilen. Denn Notwendigkeit einheitlicher Feststellung und Notwendigkeit der Streitgenossenschaft decken sich keineswegs, und gerade die einheitliche Feststellung erscheint überhaupt nirgends notwendig.

---

[1]) So z. B. Reincke a. a. O. § 434, Note 1, Abs. 3.

[2]) Seuffert a. a. O. § 434, Note 2; v. Amelunxen a. a. O. S. 58.

3) § 434 könne sich, da er von den Worten des § 59 „oder ist die Streitgenossenschaft . . . eine notwendige“ nichts enthalte, nur auf die erste Art der notwendigen Streitgenossenschaft beziehen [1]).

Dies hat noch am meisten für sich. Will der § 434 eine Regel für die notwendige Streitgenossenschaft des § 59 geben, so könnte sie höchstens die erste Art betreffen.

Doch vergleichen wir den Wortlaut der beiden Paragraphen genauer! In § 59 ist von dem streitigen Rechtsverhältnis die Rede. Das ist das Rechtsverhältnis, um welches sich der ganze Streit dreht. Der § 434 spricht dagegen von einer Thatsache, die für ein allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältnis von Einflufs ist. Hier kann mithin nicht das Rechtsverhältnis gemeint sein, auf welches der Anspruch gegründet wird, nicht das materielle Rechtsverhältnis, das § 59 im Auge hat, sondern irgend ein Rechtsverhältnis, welches zwar auch bestritten wird, aber „das streitige Rechtsverhältnis nur mittelbar berührt [2]).

Ferner: Im Gegensatz zu § 59 spricht § 434 von einer Thatsache gewisser Art. Der § 434 ist anzuwenden, wenn eine Thatsache einheitlich festzustellen ist. Würde das Gesetz weiter nichts enthalten, müfste man nach einer Antwort auf die Frage suchen, wann eine Thatsache einheitlich festzustellen sei. Die Antwort kann aber nur dahin lauten: „Wenn sie für ein einheitlich festzustellendes Rechtsverhältnis von Einflufs ist.“ Das Gesetz hat diese Erläuterung sogleich mitaufgenommen, aber seine Worte sind demnach lediglich

---

[1]) v. Wilmowski-Levy a. a. O. § 434, Note 1; Struckmann und Koch, Die Civilprozefsordnung, § 434, Note 1.

[2]) Vergl. Endemannn, Der deutsche Civilprozefs, Bd. II, S. 343 f.



die Umschreibung für „eine allen Streitgenossen gegenüber einheitlich festzustellende Thatsache".

Wenn nun erstens das Rechtsverhältnis, das § 434 erwähnt, nicht identisch ist mit dem des § 59, und zweitens die Kriterien beider Paragraphen verschiedenartig sind, indem der eine eine festzustellende Thatsache, der andere das festzustellende Rechtsverhältnis hervorhebt, so kann sich § 434 nicht speziell auf die notwendige Streitgenossenschaft, sondern mufs sich auf jede beziehen, bei welcher eine Thatsache in Frage kommt, welche eine gleiche Rechtslage aller Genossen betrifft.

Gegen die Ausdehnung des § 434 auf die Streitgenossenschaft der §§ 57, 58 C. P. O. kann man nicht die Materialien des Gesetzes ins Feld führen. Es hat zwar die norddeutsche Kommission den § 434 im Hinblick auf die notwendige Streitgenossenschaft beraten. Aber damals formulierte man den Paragraphen auch im engen Anschlufs an diese. Im Entwurf von 1871 hat man ihm jedoch einen allgemeineren Wortlaut gegeben, und diese Veränderung ist, was von den Motiven[1]) übersehen wird, in den deutschen Entwurf und in unser Gesetz übergegangen.

Auch bei zufälliger Streitgenossenschaft ist Gleichheit der Rechtslage möglich. Sie kann nicht nur bei Konnexität, sondern selbst bei Gleichartigkeit der erhobenen Ansprüche und ihres Entstehungsgrundes eintreten, z. B. bei der Klage der Arbeiter auf Schadenersatz gegen den Bauunternehmer, der den Bau willkürlich unterbrochen hat. Die Thatsache, welche beweisen soll, dafs der Bau willkürlich unterbrochen wurde, ist von Einflufs auf das Rechtsverhältnis zwischen Unternehmer und Arbeiter. Sie schafft eine gleiche Rechtslage für alle Kläger dem Beklagten gegenüber. Deren Beziehung zu diesem bildet ein einheitlich festzustellendes

---

[1]) Motive S. 285.

Rechtsverhältnis, wenn es auch nicht das streitige materielle Rechtsverhältnis ist, von dem allein § 59 handelt[1]).

Soll eine Thatsache, die irgend ein einheitlich festzustellendes Rechtsverhältnis beeinflufst, durch Eid bewiesen werden, so schreibt § 434 vor

1) für den Fall der Eideszuschiebung:

Wollen die Genossen den Eid zuschieben, müssen sie alle übereinstimmen.

Soll den Genossen der Eid zugeschoben werden, ist die Zuschiebung an sämtliche erforderlich, soweit diese nach dem Gesetz überhaupt schwören können, also an alle *in concreto* Schwurfähigen[2]).

2) für den Fall der Zurückschiebung des Eides:

Sie hat an alle Streitgenossen zu erfolgen, an welche nach den allgemeinen Bestimmungen ein Eid zurückgeschoben werden kann.

Die Zurückschiebung von seiten der Streitgenossen bedarf wieder einer einmütigen Erklärung.

War demgemäfs ein Eid an einen schwurfähigen Genossen zuzuschieben oder zurückzuschieben versäumt worden, so gilt die Zuschiebung bezw. Zurückschiebung überhaupt nicht als erfolgt. Ebenso kommt solche nicht zustande, wenn auch nur ein Genosse den Eid nicht zuzuschieben oder zurückschieben will.

Wenn der Eid den schwurfähigen Genossen angetragen ist, würde es noch nicht zu einem übereinstimmenden Handeln der Streitgenossen kommen, wenn nicht die Eides-

---

[1]) Keineswegs ist der meist gezogene umgekehrte Schlufs gerechtfertigt: weil § 59 nur „das streitige Rechtsverhältnis" im Auge habe, müsse sich darauf § 434 beziehen. Das setzt eben die unbewiesene Prämisse voraus, dafs beide Paragraphen das gleiche Anwendungsgebiet haben.

[2]) §§ 410, 411, 414, 435 C. P. O. Die hiernach Schwurfähigen werden zu Schwurpflichtigen, wenn ihnen der Eid rechtswirksam angetragen ist.

annahme einheitlich zu erfolgen hätte. Es müssen demnach alle, welchen der Eid zugeschoben oder zurückgeschoben wurde, ihn annehmen, damit er als angenommen gelte. Schon die Nichtannahme von **einem** Genossen würde das verhindern [1]. Aber für die Annahmeerklärung wird kein Zusammenhandeln verlangt. Mithin wird durch die negative Erklärung eines Genossen nicht die positive des andern bedeutungslos. Es bleibt mithin dem Richter überlassen, bei widersprechenden Erklärungen den Eid als verweigert anzusehen.

Nun kann sich aber trotz einmütiger Annahme eine Differenz bei der Eidesleistung ergeben, z. B. der erste Genosse leistet den Eid, der zweite verweigert die Leistung. Danach würde die einheitlich festzustellende Thatsache als wahr und als nicht wahr erscheinen. Weil dies nicht angeht, deshalb greift auch hier wieder der oberste Grundsatz Platz „freie richterliche Überzeugung“.

Derselbe mufs schliefslich auch dann zur Anwendung gelangen, wenn nicht alle Genossen zu schwören fähig sind, aber alle schwurfähigen den Eid verweigert haben. Denn dann wäre es immerhin möglich, dafs der Nichtschwurfähige, falls er schwurfähig gewesen wäre, den Eid geleistet hätte, so dafs teilweise Leistung und teilweise Weigerung vorliegen würde.

Die beim Beweis durch Eid im Gegensatz zu dem sonstigen Beweisprinzip eingeführte Beweisregel gilt also nur:

1) wenn sämtliche Genossen *in concreto* schwurfähig bezw. schwurpflichtig sind und sämtlich den Eid leisten oder weigern resp. als den Eid verweigernd anzusehen sind;
2) wenn ein Teil der Genossen schwurpflichtig ist und dieser den Eid leistet.

Soweit der **Inhalt** des § 434.

---

[1]) § 434, Abs. 1 a. E. Vergl. Kroll a. a. O. S. 161.

Weil er nur eine gemeinschaftlich vorgenommene Eideszuschiebung und -zurückschiebung zuläfst, glaubt Hachenburg, dafs beides Dispositionsakte seien[1]. *De lege ferenda* kann man vielleicht darüber streiten, aber *de lege lata* gehört der Parteieid unzweifelhaft zu den Beweismitteln[2]. Das Gesetz bezeichnet ihn geradezu als solches. Demgemäfs ist auch die Eideszuschiebung Beweisantretung.

Hachenburg vergleicht dieselbe mit den Dispositionsakten wie Geständnis, Verzicht, Anerkenntnis und meint, sie führe ähnlich wie diese eine Änderung in der prozessualischen Lage herbei. Denn der Delat werde, wenn der Gegner schwört, die Thatsache nicht mehr im Prozefs behaupten. Er gebe unter dieser Bedingung ihre Unwahrheit zu. Schwöre der Delat aber nicht, so verliere dieser sein Bestreitungsrecht. Somit werde, wenn auch nicht ohne weiteres, so doch unter der Bedingung einer Handlung von der Gegenseite, die prozessualische Lage geändert. Der Vergleich pafst schlecht. Das ist gerade das Unterscheidungsmerkmal der Dispositionsakte von den Beweisantretungen, dafs jene unmittelbar eine Änderung bewirken. Bedingungsweise thut das auch die Beweisantretung nämlich unter der Bedingung, dafs der Beweis gelingt. Nicht jede Beweisantretung ist geeignet, eine Gewifsheit über Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache zu führen. Die Eidesdelation aber stellt auf jeden Fall fest, ob die Thatsache als wahr oder nicht wahr anzusehen ist. Dafs sie stets unbedingte Gewifsheit schafft, ist das Einzige, was sie von andern Beweisantretungen unterscheidet, und was ihr den Charakter einer solchen nicht nimmt.

---

[1]) Hachenburg a. a. O. S. 61.

[2]) v. Wilmowski-Levy a. a. O. vor § 410: „Im Sinne der C. P. O. gehört jedenfalls der Schiedseid zu den Beweismitteln". So auch Seuffert a. a. O. § 410, Note 1.



Ist die Eidesdelation kein Dispositionsakt, so kann für einen solchen aus § 434 nichts gefolgert werden. Wäre sie es aber auch, so würde dennoch eine Schlufsfolgerung aus § 434 nicht berechtigt sein, da dieser nur einen singulären Fall betrifft. Aus diesem Grunde läfst er sich auch nicht zu einem Schlufs über andere Beweishandlungen verwerten. Er dient lediglich dem besonderen Zweck, im Hinblick auf die gesetzlichen Folgen der Eidesleistung eine Differenz über die Wahrheit der alle Genossen betreffenden Thatsache auszuschliefsen.

Da die Civilprozefsordnung nirgends weiter gemeinschaftliches Handeln fordert, haben im übrigen die nur von einzelnen Genossen vorgenommenen Beweishandlungen prozessualische Gültigkeit. Die Vorlage einer Urkunde oder die Benennung eines Zeugen von seiten eines Genossen ist also rechtswirksame Beweisantretung, so dafs eine Ausnahme von der in § 58 C. P. O. den Streitgenossen garantierten Selbständigkeit nicht begründet ist. Wenn nun auch § 58 sagt, dafs die Handlungen des einen Genossen dem andern weder zum Vorteil noch zum Nachteil gereichen, so kann doch der Richter die Überzeugung, die er aus dem von einem Genossen erbrachten Beweis über eine Thatsache gewonnen hat, zu deren Feststellung überhaupt verwerten[1]). Die bestrittene und deshalb beweisbedürftige Thatsache unterliegt einer einheitlichen Beurteilung, auch wenn sie von mehreren Streitgenossen bestritten und also für verschiedene Prozesse festzustellen ist. Denn darin besteht die wesentlichste Bedeutung der Prozefsverbindung. Wie über die verbundenen Prozesse nur eine Verhandlung stattfindet, kann sich der Richter über eine in dieser erörterte Thatsache nur eine Meinung bilden. Hieraus folgt, dafs

[1]) v. Wilmowski-Levy § 59, Note 3 a. E. S. Seuffert a. a. O. § 58, Note 2; §§ 59, Note 4 b.

auch die Ansicht, zu welcher das Gesetz den Richter durch Beweisregeln nötigt, allen bestreitenden Genossen gegenüber nur eine einheitliche sein kann. Hat z. B. ein Streitgenosse eine von einer Behörde ausgestellte Urkunde vorgelegt, so hat der Richter deren Inhalt anzunehmen, selbst wenn dieser nicht nur für den die Urkunde vorlegenden Genossen, sondern auch für einen andern von Erheblichkeit ist. Diesem bleibt es aber unbenommen, durch eine zweite Urkunde der Behörde deren Inhalt zu entkräften. Damit würde derselbe schlechthin entkräftet sein. Nach Vorbringung der widersprechenden Urkunde würde die auf Grund der Beweisregel des § 382 gefafste ursprüngliche Ansicht wieder aufgehoben und der Richter nunmehr nach freier Überzeugung zu entscheiden haben.

Weil der Richter die Wahrheit einer seiner Beurteilung unterliegenden Thatsache nicht nur relativ, sondern absolut feststellt, wirkt auch die durch den Eid aller Schwurfähigen ermittelte Wahrheit zu gunsten aller Genossen [1]).

Nach den bisherigen Ausführungen ergiebt sich, dafs die Vertretung des Säumigen in Bezug auf Beweishandlungen nicht nur möglich ist, sondern auch grundsätzlich gestattet sein mufs [2]). Der Nichtsäumige kann Vertreter sein. Denn der Säumige ist vor einem Nachteil, der durch die Vertretung ihm erwachsen könnte dadurch behütet, dafs der Richter nach freiem Ermessen die objektive Wahrheit jeder zu beweisenden Thatsache zu ermitteln hat.

Zweifeln könnte man nur, ob hinsichtlich der Handlungen, für welche die Prozefsordnung Gemeinschaftlichkeit vorschreibt, eine Vertretung gestattet sei.

Vergegenwärtigt man sich die *ratio legis* des § 434, so wird man kein Bedenken tragen, die Eideszuschiebung

---

[1]) **Kroll** a. a. O. S. 161.

[2]) So die *communis opinio*.

und -zurückschiebung auch als vertretbare Handlungen zu bezeichnen [1]).

Nur die Eidesleistung läfst keine Vertretung zu [2]), da der Eid eine höchstpersönliche Handlung ist. Darum kann es auch keine Vertretung hinsichtlich der Personen geben, welchen der Eid zugeschoben oder zurückgeschoben wird. Beides mufs an den Säumigen persönlich erfolgen [3]).

Dagegen erscheint in Konsequenz der Auffassung, dafs der Eid nicht Dispositionsakt, sondern Beweismittel ist, eine Vertretung im Erlafs des Eides möglich [4]). Denn der Erlafs ist danach eine Beweishandlung, und ein Grund ihn ebenso wie die Eidesleistung unter besondere Regeln zu stellen, existiert nicht.

Eine Ergänzung finden die Bestimmungen über die Beweishandlungen in den §§ 437 und 438, die sich unbestritten sowohl auf die einfache als auch auf die notwendige Streitgenossenschaft beziehen [5]). Ihnen zufolge kann der Richter, wenn das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht ausreicht, um sich eine Meinung über eine beweisbedürftige Thatsache zu bilden, allen, einzelnen oder einem Streitgenossen den Eid über jene Thatsache auferlegen Leistung und Weigerung des Eides durch die Genossen, denen er

---

[1]) So hinsichtlich der Eideszurückschiebung v. Wilmowski-Levy a. a. O. § 434, Note 3. A. M. Hachenburg a. a. O. S. 62.

[2]) v. Wilmowski-Levy a. a. O. § 434, Note 3.

[3]) Das Gesetz verlangt in § 434 ausdrücklich, dafs der Eid allen Streitgenossen zugeschoben resp. zurückgeschoben werde.

[4]) So v. Amelunxen a. a. O. S. 72.

[5]) S. z. B. Kroll a. a. O. S. 163 und v. Wilmowski-Levy a. a. O. § 438, Note 1, Abs. 2. Dafs § 438 keine Beschränkung, wie § 434, enthält, erhellt daraus, dafs eben jede Thatsache einer definitiven Feststellung durch den Richter bedarf.

auferlegt ist, haben auch für die übrigen Einflufs[1]). Da der Eid nicht allen auferlegt zu werden braucht, welche die Thatsache angeht, ergiebt sich auch hieraus ein Beleg dafür, dafs der Richter die Thatsache an sich, nicht in Rücksicht auf die einzelnen Streitgenossen festzustellen hat.

Kapitel III.

Weitere Folgen der fingierten Vertretung.

Soweit die Handlung eine vertretbare ist, erscheinen die Erklärungen des nichtsäumigen Genossen als vom säumigen selbst abgegeben. Darum müssen sie ihn binden. Weil er in dem Termin als vertreten fingiert wird, bleibt er Mitstreiter wie der andere Genosse. Er kann sich ebenso wie dieser an dem späteren Verfahren beteiligen[2]). Daraus folgt, dafs er seinerseits das Recht hat, den Prozefs weiter zu betreiben. War aber der Gegner oder ein Genosse der betreibende Teil, so mufs auch er zu dem weiteren Ver-

---

[1]) v. Amelnnxen a. a. O. S. 76, macht einen Unterschied zwischen Schiedseid und richterlichem Eid. Eine verschiedene Behandlung beider ist aber durch nichts gerechtfertigt. Beide sind in gleicher Weise dazu bestimmt, den Richter von einer Thatsache zn überzeugen. Was bei dem Parteieid allen Genossen zu statten kommt, ist nicht die Handlnng der Eidesleistung, sondern die Überzengnng, welche der Richter durch dieselbe erlangt hat. Der richterliche Eid beschränkt auch nicht im Gegensatz zum Parteieid die Verhandlungsmaximen. Denn wenn auch nicht, um ihn auferlegen zn können, alle angebotenen Beweismittel erschöpft sein müssen, so ist doch an seine Anwendung nur dann zu denken, wenn dieselben zur Bildung der richterlichen Überzengung nicht ausreichen.

[2]) Senffert a. a. O. § 59, Note 4.

fahren zugezogen werden. Die Ladung zum Termin ist auch an ihn zu richten [1]).

Da der Säumige als anwesend gilt, so wird das Urteil auch ihm gegenüber verkündet. Es ist deshalb für ihn ein kontradiktorisches Erkenntnis, das nicht mittels Einspruchs, sondern nur mit den Rechtsbehelfen angefochten werden kann, die er besitzen würde, wenn er *in persona* erschienen wäre. Selbstverständlich ist, dafs das Urteil ihm wie jedem andern Genossen zuzustellen ist [2]).

Das Prinzip der fingierten Vertretung äufsert sich ferner in der Kostenerstattungspflicht. Da die Streitgenossen keine Gesamtheit bilden, und der erschienene Genosse nicht gemeinsamer Vertreter für sich und den Ausgebliebenen ist, sondern in zwiefacher Eigenschaft erstens für sich und zweitens für den Säumigen handelt, so treffen die durch ihn verursachten Kosten den Säumigen genau so wie den Nichtsäumigen. Die allgemeinen Kosten, z. B. die Gebühren für die kontradiktorische Verhandlung, für die Beweisaufnahme und für die Entscheidung, welche auf Grund der versäumten Verhandlung ergeht, trägt der Säumige zu einem Kopfteil [3]). Desgleichen hat er *pro rata* die Auslagen zu erstatten, welche der Gegenpartei entstanden sind, wie durch Reisen zum Termin, Beglaubigung von Urkunden, Gebühren für Rechtsanwälte und Gerichtsvollzieher.

Soweit die Streitgenossen selbst zu entschädigen sind, findet natürlich keine Verteilung der Auslagen nach Köpfen

---

[1]) § 60 C. P. O.

[2]) Würde das Urteil ihm nicht zugestellt, würde für ihn auch nicht die Rechtsmittelfrist laufen.

[3]) Das Gericht kann jedoch nach Ermessen von dieser grundsätzlichen Verteilung Abstand nehmen und nach Quoten verteilen. § 91 C. P. O.

statt. Jedem werden die Auslagen erstattet, die er gehabt hat.

Erkannte der Beklagte den geltend gemachten Anspruch sofort an, fallen die Kosten des Verfahrens den klagenden Streitgenossen zur Last und zwar dem nichtsäumigen wie dem säumigen [1]). Bestand aber die Streitgenossenschaft auf seiten des Beklagten, so wird, weil das Anerkenntnis nicht für den säumigen mitwirkt, der Kläger nur dem erschienenen Beklagten gegenüber in die Kosten verurteilt. Hinsichtlich des nichterschienenen ruht der Rechtsstreit, bis eine der Parteien das Verfahren wieder betreibt und den Gegner lädt.

Die Kosten, welche durch ein erfolglos gebliebenes Angriffs- oder Verteidigungsmittel erwachsen sind, und für welche die Streitgenossen trotz ihres Sieges haften, tragen dieselben gleichfalls nach Kopfteilen. Eine solche Haftung ist aber ausgeschlossen, wenn ein besonderes Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend gemacht ist, d. h. ein Mittel, das nicht allen Genossen, sondern nur dem vorbringenden zu gute kommen soll. Betrifft es eine nur für ihn relevante Thatsache, wie im Fall des Widerrufs eines Geständnisses, so haftet auch nur er für die Kosten [2]).

Schliefslich ergiebt sich eine Konsequenz aus der fingierten Vertretung für die Berechnung der Rechtsanwaltsgebühren.

Das positive Recht bestimmt: „Bei Vertretung mehrerer Streitgenossen . . . stehen dem Rechtsanwalt die Gebühren nur einmal zu. Bei nachträglichem Beitritte von Streitgenossen erhöht sich durch jeden Beitritt die Prozefsgebühr um zwei Zehnteile . . .“ [3]).

---

[1]) § 89 C. P. O.

[2]) §§ 91, 95, Abs. 3 C. P. O.

[3]) § 51 G. O. f. R.

Die Gebühr für die Beistandschaft ist dieselbe wie für die Vertretung [1]). Wurde die Streitgenossenschaft ursprünglich durch zwei Personen gebildet, und stand diesen in dem ersten Termine ein Rechtsanwalt bei, der von einem dritten, nachträglich hinzukommenden Genossen gebeten wird, ihm gleichfalls Beistand zu sein, so erhält der Rechtsanwalt die erhöhte Gebühr, auch wenn der dritte Genosse in dem zweiten Termin persönlich nicht erscheint [2]). Denn in dem erschienenen Genossen wird der säumige vertreten, so dafs die jenem geleistete Beistandschaft sich auch auf diesen miterstreckt.

[1]) § 4 G. O. f. R.

[2]) A. M. Kleinfeller a. a. O. S. 225, Note 2.

Teil III.
Endresultate.

§ 1.
Ergebnisse.

Nicht beliebig, aber in ausgedehntem Mafse ist der Partei die Möglichkeit gewährt, mehrere Klagansprüche zu verbinden. Sind sie getrennt erhoben, weil sie die Partei nicht verbinden wollte oder konnte, so hat doch der Richter die Befugnis, ihre Verbindung anzuordnen, falls sie nur im Zusammenhang stehen. Wo aber immer über mehrere Ansprüche zusammen verhandelt wird, da liegt eine Streitgenossenschaft vor, und wo diese vorliegt, da ist auch eine Klagenkumulation vorhanden.

Aus der einfachen Streitgenossenschaft hat sich die notwendige als eine besondere, unserem heutigen Recht eigentümliche Spezies herausgebildet. Das gemeine Recht zeigt nur Ansätze hierzu teils in der Lehre von der *exceptio plurium litisconsortium*, teils in der Theorie, welche statt auf diese Einrede auf die Notwendigkeit gemeinsamer prozessualer Durchführung Gewicht legt.

Trotz der Färbung durch die preufsische Rechtsauffassung sind beide Richtungen in dem § 59 C. P. O. noch erkennbar. Dem entsprechend sind es zwei verschiedene Arten, welche daselbst unter dem Begriff der notwendigen Streitgenossenschaft subsumiert werden. Bei der einen ist an einen Zwang zum Eintritt in den Prozefs ohne Rücksicht auf gleichheitliche Durchführung, bei der andern gerade hieran gedacht, ohne Rücksicht auf den gemeinschaftlichen Prozefsbeginn.

Beide Arten setzen als Streitgenossenschaft Mehrheit der Klagen und infolgedessen auch Prozefsmehrheit voraus, sodafs die Vereinigung zu gemeinsamer Verhandlung nur eine formelle Vereinigung mehrerer Ansprüche darstellt.

Aus diesem Grunde konnte das Kriterium der ersten Art, die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung, nur als die Notwendigkeit interpretiert werden, das streitige Rechtsverhältnis des einen Genossen in gleicher Weise wie bei dem andern festzustellen.

Die gleichheitliche Feststellung kann durch die Gleichheit der prozessualischen Handlungen der Genossen oder durch die Gleichheit der Entscheidungen geboten erscheinen. Die Notwendigkeit gleichen Handelns besteht wiederum entweder in dem Zwang zu gemeinschaftlichem oder zu übereinstimmendem Handeln. Nur wenige Rechtsverhältnisse fanden wir, welche nach materiellem Recht schon durch ihre Natur zu gemeinschaftlichem Handeln nötigen, wie Gesamteigentum und Miterbschaft des preufsischen Rechts. Keins schien durch die Form der materiellen Gemeinschaft, wie *universitas*, *societas*, Personenverein, Handelsgesellschaft, dazu zu zwingen. Aber auch da, wo das materielle Recht gemeinschaftliches Handeln vorschreibt, mufsten wir die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung verneinen, weil der Prozefs selbst überall ein selbständiges Handeln der Genossen duldet. Denn es wird, wie wir mit Planck [1]) annahmen, nicht um das Streitobjekt, sondern um die subjektive Beziehung zu ihr gestritten.

Eine blofse Übereinstimmung im prozessualen Handeln kann wohl, wie bei der Verfügung über die Substanz der gemeinsamen Sache, in dem Sinne notwendig sein, dafs ohne solche der Zweck des Rechtsgeschäfts nicht erreicht wird. Aber es mufs der Genosse nicht handeln, damit

---

[1]) Planck a. a. O. S. 419 f.

eine relevante Handlung zustande kommt. Bei übereinstimmendem Handeln kann von einer Notwendigkeit einheitlicher Feststellung auch deshalb keine Rede sein, da höchstens eine logische, aber keine rechtliche Notwendigkeit zu gleicher Feststellung für alle Genossen existiert.

Für die Notwendigkeit gleicher Entscheidungen hat man sich auf die Unverträglichkeit divergierender Entscheidungen neben einander berufen. Aber, schon aus der Verschiedenheit der Person der streitenden Genossen erwachsen verschiedenartige Angriffs- und Verteidigungsmittel, denen nur verschiedene Entscheidungen gerecht werden können. Aufserdem würde bei der Unmöglichkeit divergierende Erkenntnisse zu erlassen, die Selbständigkeit prozessualischen Handelns der Genossen illusorisch werden. Wir mufsten deshalb sogar bei der *actio confessoria* und der *actio negatoria* einen verschiedenen Ausgang des Prozesses für die einzelnen Miteigentümer als möglich anerkennen. Und für die Beispiele, welche man in der C. P. O. selbst zu finden glaubt, wie § 61, § 66, § 690, § 710, ergab sich bereits durch die Interpretation des gesetzlichen Wortlauts, dafs sie teils mit der notwendigen Streitgenossenschaft überhaupt nichts zu thun haben, teils eine einheitliche Feststellung gar nicht denkbar erscheinen lassen.

Wer die Gleichheit der Entscheidungen aus deren gegenseitiger Einwirkung aufeinander folgert, behauptet die notwendige Streitgenossenschaft insoweit, als das Urteil nach Ansicht der gem. Meinung für dritte Personen Rechtskraft besitzt. Diese Fälle erklären sich jedoch ohne die Annahme einer erweiterten Rechtskraft aus der Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses. Zudem ist bei Anstrengung der Klagen hintereinander eine Verschiedenheit der Urteile nicht immer ausgeschlossen und deshalb kann dann, wenn die Klagen nebeneinander erhoben sind, unbedingte Gleichheit der Entscheidungen nicht gefordert werden.

Auch das Gebot gleicher Entscheidung hat man herangezogen. Von den Fällen, die danach zur notwendigen Streitgenossenschaft gehören sollen, haben wir bei der Ehenichtigkeitsklage des § 586, Abs. 2 und der Anfechtungsklage des § 607, Abs. 3 gegen den Entmündigungsbeschlufs, allerdings die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung konstatieren müssen, aber nur deshalb, weil trotz Mehrheit der handelnden Personen nur eine Klage vorliegt. Beide sind besondern Grundsätzen unterworfen, da durch sie nicht ein blofses Privatinteresse verfolgt wird, und aufserdem bei der Anfechtungsklage das Subjekt des Rechtsstreits nur eine Person ist. Die weiter hierher gerechneten Statusklagen schliefsen nirgends eine Divergenz der Erkenntnisse aus.

Sonach würde, von welchem Standpunkt aus wir auch immer die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung betrachten, sich kein Beispiel für sie ergeben.

Zu demselben Resultate müfsten wir hinsichtlich der zweiten Art der notwendigen Streitgenossenschaft gelangen, wenn mit ihrem Merkmale, der *exceptio plurium litisconsortium* eine prozefshindernde Einrede gemeint wäre. Wir haben aber darunter eine materielle Einrede, und zwar eine Abart der *exceptio pluris petitionis*, zu verstehen.

Selbst unter dieser Voraussetzung schien sie im gemeinen Recht nirgends begründet. Für das französische Recht haben wir sie gleichfalls in Abrede stellen müssen. Sogar in dem dafür viel zitierten Art. 1670 haben wir nicht sie, sondern nur eine andere Art der *exceptio pluris petitionis* finden können.

Nichts anderes ergab der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

Von den Paragraphen der Civilprozefsordnung, in denen sie nach gemeiner Meinung enthalten ist, wie §§ 61, 586, 607, 690, 710, beziehen sich die einen auf eine Klagenein-

heit, die andern zwar auf eine Klagenmehrheit, aber ohne die verbundene Klageerhebung obligatorisch zu machen.

Für die *exceptio pl. litiscons.* und damit für die notwendige Streitgenossenschaft blieben allein übrig das Gesamteigentum des deutschen Privatrechts und einige Rechtsinstitute des preufsischen Rechts, wie namentlich die Miterbschaft.

Bei der Konstruktion der eigentümlichen Wirkung des § 59 mufsten wir einerseits die Theorie der Reflexwirkung, andererseits die der Vertretung kraft Gesetzes oder präsumtiver Vollmacht ablehnen. Wir folgten der einfachsten Erklärung, dafs § 59 nur eine Fiktion der Vertretung beabsichtigt.

Die fingierte Vertretung erstreckt sich in Konsequenz der *ratio legis,* wonach der säumige Genosse vor Verlusten geschützt werden soll, auf den Ausschlufs des Versäumnisurteils durch die Handlung des nichtsäumigen Streitgenossen. Ist diese zugleich eine vertretbare, so wirkt auch deren Inhalt für den säumigen Genossen. Als vertretbar konnten wir aber nur die prozefsbetreibenden, nicht die prozefsbeendenden Handlungen ansehen, da sonst die durch die Streitgenossenschaft selbst gezogenen Grenzen überschritten würden, indem der Genosse seine prozessualische Stellung einbüfste. Aus diesem Grunde schlossen wir die fingierte Vertretung aus bei Vergleich, Anerkenntnis, Verzicht, Geständnis, Klageänderung, Zurücknahme der Klage und des Rechtsmittels

Dagegen erschien sie möglich in Bezug auf alle den Beweis betreffenden Handlungen, soweit diese nicht wie die Eidesleistung höchstpersönliche sind.

Da § 59 C. P. O. nur von dem „nichtsäumigen" Genossen spricht, konnte die fingierte Vertretung nicht in Betracht kommen, wenn alle Genossen den Termin wahrnahmen. Für diesen Fall mufsten wir jede unmittelbare Einwirkung

der Handlung des einen Genossen auf die des andern verneinen. Der Verfechter der gegenteiligen Ansicht, Hachenburg, beruft sich auf § 434 C. P. O. Dieser Paragraph konnte aber für die notwendige Streitgenossenschaft nichts beweisen, weil er sich auf jede Art der Streitgenossenschaft bezieht und überall Anwendung findet, wo es gilt, eine Thatsache festzustellen, welche für irgend ein Rechtsverhältnis von Belang ist.

Die Handlung eines Genossen kann für den andern nur mittelbar als ein Moment, aus dem der Richter seine Ansicht gewinnt, von Einflufs sein. Über Thatsachen, die — sei es von allen oder von einzelnen Genossen — nicht bestritten oder zugestanden sind, kommt der Richter nicht in die Lage sich eine Meinung zu bilden, weil er sie dann im Sinne beider Parteien anzunehmen hat. Soweit ihm aber für die Bildung der eigenen Ansicht ein Spielraum bleibt, entscheidet er nach freiem Ermessen. Bildet er sich eine eigene Ansicht, kann er nach den Gründen der Logik selbstverständlich dieselbe Thatsache, die mehrere Genossen betrifft, nur in gleicher Weise feststellen [1]). Jeder Umstand, auch Verzicht, Geständnis, gelungener oder mifslungener Beweis des einen Genossen ist ein Argument zur Feststellung dieser Thatsache überhaupt. Hierfür kann der Richter, obwohl die notwendige Streitgenossenschaft eine

[1]) Das ist der Umstand, welcher v. Amelunxen, Seuffert u. a. zu der Annahme veranlafst hat, als müsse das streitige Rechtsverhältnis selbst für alle Genossen in gleicher Weise festgestellt werden. Doch nur eine Thatsache bedarf einheitlicher Feststellung und dieselbe nur soweit, als sie der Feststellung des Richters nicht entzogen ist. Hat sie ein einzelner Genosse unbestritten gelassen oder zugestanden, kann der Richter sie blofs in Bezug auf die übrigen Genossen feststellen. Er ist also hinsichtlich derselben Thatsache den einzelnen Genossen gegenüber keineswegs immer in der gleichen Lage. Schon daraus folgt die Möglichkeit einer verschiedenen Entscheidung.

blofs formelle Verbindung mehrerer Prozesse ist, ein für oder gegen nur einen Genossen vorgebrachtes Moment verwerten. Denn er schöpft seine Ansicht aus der gesamten Verhandlung, die eine gemeinsame für alle Genossen ist.

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist bei einzelnen Beweismitteln durchbrochen. Legt ein Streitgenosse eine öffentliche Urkunde vor, hat der Richter die darin bezeugte Thatsache, schlechthin als wahr anzunehmen. Aber jedem Streitgenossen steht es frei, da jeder selbständig Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen kann, durch eine andere öffentliche Urkunde gegenteiligen Inhalts die ursprüngliche Annahme zu entkräften.

Solche widersprechende Beweisantretungen sind in Rücksicht auf die Heiligkeit des Eides beim Beweis durch Eid ausgeschlossen. Aber nur aus diesem Grunde ist die gemeinsame Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides vorgeschrieben. Nichts hindert selbst in Bezug hierauf die fingierte Vertretung zuzulassen.

Aus der Fiktion folgt, dafs der Säumige im weiteren Verlauf des Prozesses wie die nichtsäumigen Genossen zu behandeln ist, und dafs er für die Kosten des Verfahrens *pro rata* haftet. Hat der nichtsäumige Genosse besondere Kosten durch eine vertretbare Handlung verursacht, so trägt diese der säumige mit seinem fingierten Vertreter zusammen.

§ 2.

Kritik und Vorschläge.

Die Verfasser der beiden Monographieen über die notwendige Streitgenossenschaft, v. Amelunxen und Hachenburg, zweifeln nicht an der Brauchbarkeit des § 59 C. P. O. und begnügen sich mit Hypothesen über seinen Inhalt. Sie stimmen darin mit der *communis opinio* überein. Diese hält an dem § 59 fest; denn sie glaubt, dafs in ihm ein historisch

begründetes, aus dem gemeinen Recht stammendes Rechtsinstitut wiedergegeben werde.

Die Motive konnten zwar zu der Annahme verleiten, als enthalte der § 59 gemeines Recht Aber sie stehen im Widerspruch mit den Motiven der früheren gleichlautenden Entwürfe, welche die Rezeption preufsischer Anschauung offen bekannten. Die gemeine Meinung irrt auch darin, dafs die notwendige Streitgenossenschaft historisch begründet sei. Denn die zwei Ansätze des gemeinen Rechts, aus denen sie gebildet wurde, sind in Wahrheit nichts als die Reste einer überwundenen Rechtsansicht. Sie hängen mit der früheren Vorstellung zusammen, dafs die Streitgenossenschaft eine Einheit sei, und dafs es sich bei ihr um nur einen Kläger bezw. Beklagten und um nur eine Klage handele.

Die notwendige Streitgenossenschaft hat keine Geschichte und ist unserem heutigen Recht eigentümlich. Der letztere Umstand erklärt zugleich die Unmöglichkeit, die Gesetzgebungen anderer Staaten zu einem Vergleich heranzuziehen. Kohler meint, die rechtsvergleichende Methode sei das beste Mittel „das Problem der materiellen Streitgenossenschaft zu lösen“[1]). Aber sie führt zu einem negativen Ergebnis. Nur Gesetzgebungen, welche wie der österreichische Entwurf von 1876[2]), die Civilprozefsordnung für Bosnien von 1883[3]), erst durch die unsrige beeinflufst sind, kennen eine notwendige Streitgenossenschaft, welche der unsrigen entspricht. In den übrigen ausländischen Gesetzgebungen suchen wir vergeblich nach einem ähnlichen Gebilde. Man kennt wohl eine *exceptio pl. litiscons.*,

---

[1]) Kohler, Zeitschrift für Civilprozefs, Bd. X 1887, S. 197.

[2]) Entwurf einer Civilprozefsordnung für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder. Wien 1876. § 89 Abs. 2.

[3]) Civilprozefsordnung für Bosnien und die Herzegowina. Wien 1883. § 213, Abs. 2.

aber keine notwendige Streitgenossenschaft und keine besondere Art, welche in der Notwendigkeit einheitlicher Feststellung beruhte.

Dies hat seinen guten Grund. Wir haben gesehen, dafs es keinen einzigen Fall giebt, der zu einer einheitlichen Feststellung nötigte. Ein Zwang hierzu existiert nicht einmal insoweit, als das materielle Recht gemeinschaftliches Handeln vorschreibt. Wollten wir auf die wenigen Fälle materiell rechtlicher Nötigung Gewicht legen, so wären doch nur das Gesamteigentum, die Miterbschaft des preufsischen Rechts und je nach der Theorie über das preufsische Miteigentum auch dieses hierher zu rechnen. Das Gesamteigentum verliert aber mehr und mehr an Bedeutung [1]), und wo es sich behauptet wie bei der ehelichen Gütergemeinschaft, geht der Zug der Rechtsentwickelung dahin, jedem Gesamteigentümer — so der Ehefrau in Bezug auf den Haushalt, dem Ehemann in Bezug auf die Vermögensverwaltung — Selbständigkeit zu gewähren.

Die beiden andern Fälle gehören dem partikulären Recht an. Rücksichten auf die Konservierung partikularrechtlicher Bestimmungen haben aber, wie Wach mit Recht sagt [2]), keine Berechtigung. Überdies sind die auf jene bezüglichen Vorschriften in ihrem eigenen Anwendungsgebiet als unzweckmäfsig erachtet worden [3]). Die frühere Rechtsprechung in Preufsen hat sich geradezu bemüht, die Normen über das Gebot gemeinschaftlichen Handelns zu umgehen. Durch Konstruktion von Individualrechten suchte sie den Bedürfnissen der Praxis Rechnung zu tragen. Bestimmungen,

---

[1]) Stobbe a. a. O. Bd. II, Abs. 1, S. 69.

[2]) Wach a. a. O. S. 348.

[3]) S. bes. Plenarbeschlufs vom 1. Dez. 1851. Entsch. Bd. 22, S. 151. Vergl. auch Förster-Eccius a. a. O. 4. Aufl., Bd. IV, Abt. 2, S. 628 u. Noten.

welche aber deren Bedürfnissen zuwider sind, verdienen beseitigt, nicht aber in ihren Wirkungen noch über das materielle Recht hinaus auf das Prozefsrecht ausgedehnt zu werden.

Die zweite Art der notwendigen Streitgenossenschaft ist unter der Voraussetzung, dafs man ihr Kriterium, die *exceptio pl. litiscons.*, als materielle Einrede auffafst, nicht völlig gegenstandslos. Jedoch ist ihr Gebiet klein und beschränkt sich auf dieselben Fälle, in welchen das Civilrecht gemeinschaftliches Handeln gebietet. Insoweit die preufsische Praxis gegen dahingehende Vorschriften ankämpfte, war sie auch bestrebt auf Grund der Annahme eines Individualrechtes den Einzelnen zur Klage zuzulassen und zur Einlassung auf die Klage zu verpflichten.

Sucht die Praxis jenen Fällen das Eigentümliche zu nehmen, so ist es gewifs nicht Sache des Gesetzgebers, dieses noch dadurch zu erhöhen, dafs man für sie besondere prozessualische Wirkungen normiert. Sowenig man bei andern Spezien der *exceptio pluris petitionis* daran denkt, wegen der Begründung einer gewissen materiellen Einrede die allgemeinen prozessualen Grundsätze zu durchbrechen, sowenig ist eine solche Durchbrechung infolge der *exceptio pl. litiscons.* gerechtfertigt.

Und welches sind die besonderen Wirkungen der notwendigen Streitgenossenschaft! Sie bestehen in der aus dem Verbindungsurteil abgeleiteten Verbindung zwischen säumigen und nichtsäumigen Genossen, die sich als Fiktion der Vertretung äufsert. Hält man eine Verbindung der Streitgenossen untereinander für nötig, nimmt es Wunder, dafs sie unser Recht, während das vorbildliche französische und die deutschen Partikulargesetzbücher das Verbindungsurteil für alle Arten der Streitgenossenschaft vorschrieben[1]),

---

[1]) *Code de procédure civile,* Art. 153. Bayerische C. P. O. Art. 316 ff.

auf die notwendige Streitgenossenschaft beschränkt hat. Das Verbindungsurteil bezweckte den Erlaſs eines Versäumnisurteils neben einem kondemnatorischen Urteil auszuschlieſsen, beeinträchtigte aber im übrigen nicht die Selbständigkeit der Genossen und die Divergenz der Entscheidungen. Demgegenüber hat sich unser Gesetz mit Ausschluſs des Versäumnisurteils neben einem kondemnatorischen Urteil nicht begnügt. Es verbindet die Genossen so eng mit einander, daſs Handlungen des nichtsäumigen Genossen als solche des säumigen erscheinen. Wir haben zwar der Ansicht nicht beipflichten können, daſs dies auf alle Handlungen des nichtsäumigen anzuwenden sei und darum in der fingierten Vertretung, nicht wie andere, einen Rechtsnachteil für den säumigen erblicken können[1]). Aber immerhin bleibt eine Anzahl Handlungen, für welche die Fiktion Platz greift, und die deshalb ohne und wider Willen sowohl des säumigen als auch des nichtsäumigen Genossen als Handlungen beider angesehen werden müssen. Das aber ist, wie Wach bemerkt, ein bisher unerhörter Grundsatz, daſs wider und ohne Willen der Partei und ohne nachträgliche Ratihabition ein Genosse befugt sein soll, Prozeſshandlungen mit bindender Kraft für den säumigen Genossen vorzunehmen[2]).

Weder nach seinen Voraussetzungen noch nach seinen Wirkungen verdient § 59 Billigung. Er ist ein Überbleibsel aus dem Kampf um die Gleichstellung von Streitgenossenschaft und subjektiver Klagenhäufung. Heute, wo dieser Kampf hinter uns liegt, sollte man auch mit der notwendigen Streitgenossenschaft ein Ende machen. Planck hat bereits für das gemeine Recht das Resultat erbracht, daſs jeder Unterschied in der prozessualen Behandlung der Streitgenossen, mögen sie in einem teilbarem oder unteilbarem

---

[1]) Anders Freudenstein a. a. O. S. 245, Note 3.

[2]) Wach a. a. O. S. 348.

Rechtsverhältnis stehen, zu verwerfen sei [1]). Das Gleiche verdient nun auch für unser heutiges Recht anerkannt zu werden. Der ohnedies zum Teil gegenstandslose § 59 C. P. O. wäre mithin zu streichen [2]).

Von diesem Vorschlag wird § 434 C. P. O. nicht berührt. Mag er auch ursprünglich blofs für die notwendige Streitgenossenschaft aufgestellt sein, so hat doch die Untersuchung ergeben, dafs die meisten Fälle, die er als solche der notwendigen Streitgenossenschaft umfassen sollte, sich unter deren Begriff nicht subsumieren. Abgesehen davon lautet die Fassung des § 434 so, dafs sie auf jede Art der Streitgenossenschaft Bezug nimmt. Gegen sie ist nichts einzuwenden [3]). Der § 434 enthält ein gesundes Prinzip, das nicht preisgegeben werden darf.

---

[1]) Planck a. a. O. S. 424: „Diesem zufolge habe ich geglaubt, jeden Unterschied in der prozessualen Behandlung mehrerer Streitgenossen ablehnen zu müssen, mögen sie nun zusammen in demselben teilbaren oder unteilbaren Rechtsverhältnis zu stehen behaupten".

[2]) So auch Wach a. a. O S. 350. — Weismann a. a. O. S. 104 schlägt vor: „Ob und wieweit die Streitgenossenschaft oder im Falle der Streitgenossenschaft einheitliche Entscheidung notwendig sei, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des geltend gemachten Anspruchs." Damit ist nichts gewonnen. Die Aufnahme einer solchen Bestimmung in der C. P. O. wäre einmal überflüssig, weil dann die Civilgesetze ausreichen würden, die notwendige Streitgenossenschaft zu begründen. Die Vorschrift ist in ihrem zweiten Teil aber auch unrichtig. Denn im Fall der Streitgenossenschaft wird eine Mehrheit von Ansprüchen geltend gemacht, über die verschiedene Entscheidungen ergehen können.

[3]) Wach a. a. O. S. 350 will eine Verweisung auf das Civilrecht. Solche dürfte aber die rein prozessualische Bestimmung des § 434 nicht ersetzen.







